Directores:
Rubén Miranda Gonçalves
Fábio da Silva Veiga

ESTUDIOS DE DERECHO IBEROAMERICANO

VOLUMEN III

Coordinador:
Paulo de Brito

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Estudios de Derecho Iberoamericano

Volumen III

Directores

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Coordinador

Paulo de Brito

Universidade Lusófona do Porto (Porto, Portugal, 2019)

Quedan reservados todos los derechos de la obra. Ninguna parte de la misma podrá ser reproducida sin el consentimiento expreso de sus titulares.

Tanto los directores como la coordinadora no se hacen responsables de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por sus autores.

Dirección:

© Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela)

© Fábio da Silva Veiga (Universidade de Vigo)

Coordinación:

© Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)

© Maquetación de capítulos y compilación de originales: Arthur Alves Ignácio

1ª edición, 2019

ISBN: **978-84-09-13678-0**

Universidade Lusófona do Porto

R. de Augusto Rosa 24, 4000-098 Porto, Portugal

Teléfono: +351 22 207 3230

Porto, Portugal

SUMÀRIO

Instituições de Justiça na União Europeia: Intolerância aos Imigrantes.....10

Leila Bijos

Transporte Marítimo Sustentável – Transporte Verde 26

Alexandre Machado e Patrícia Machado

Desenvolvimento sustentável global: "smart cities" e a utilização das novas tecnologias como vetor de cidades sustentáveis..... 36

Carolina Merida e Murilo Couto Lacerda

A União Económica e Monetária e o Tribunal de Justiça da União Europeia 48

Arthur Alves Ignácio

Jurisprudência da Corte Interamericana: Caso Atala Riffo e Crianças *Vs.* Chile e a Proteção de Direitos Humanos no Seio de Famílias Homoparentais..... 66

Andreia Maria Santiago e Érica Valente Lopes

A Consolidação da Política Ambiental pelo Direito Integrativo na Estrutura dos Tratados Conformativos da União Europeia 77

Deilton Ribeiro Brasil e Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira

O Regime das Mudanças Climáticas e as Organizações Não-Governamentais à Luz da Governança Global Ambiental 86

Alexandre Machado e Patrícia Machado

As restrições à liberdade de expressão nos sistemas interamericano e europeu: uma breve análise da jurisprudência dos Tribunais Interamericano e Europeu de Direitos Humanos 97

Lucas Moreira Alcici

Relativismo ou Universalismo: a Diversidade Cultural e a Formação dos Direitos Humanos 111

*Deilton Ribeiro Brasil e Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveir***a**

Ocupação de espaços urbanos: a Ciência e a filosofia em tempos de Democracia 121

Rachel Lopes Queiroz Chacur

O princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de uma existência mínima. Uma perspetiva jurisprudencial sobre o direito ao Rendimento Social de Inserção 137

Gonçalo Mota

Neoliberalismo e o Ciclo Global de Lutas: da Governamentalidade Neoliberal às Resistências ao Sistema Hegemônico Mundial.....151
Henrique Mioranza Koppe Pereira e Cássia Zimmermann Fiedler
Das jornadas de junho ao *impeachment* de Dilma: análise da democracia brasileira contemporânea 167
Antonio Celso Baeta Minhoto
A Responsabilidade Civil da Administração Pública: Breve Análise 185
Ana Rita Ferreira Araújo e Patrícia Anjos Azevedo
Solidariedade Intergeracional: Patrimônio Histórico e Cultural como um Direito-Dever Fundamental.....200
Suzana Maria Fernandes Mendonça
O novo regime jurídico das Comissões de Ética 214
Ana Sofia Carvalho e Isabel Restier Poças
Hacia un tratado vinculante en materia de empresas transnacionales y derechos humanos: el "zero draft" 225
Silvia Vilar González
Licitações sustentáveis como instrumentos da política urbana municipal.....240
Laura Magalhães de Andrade e Dayane de Paula Baring
A ausência do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e sua presença na Jurisprudência *Supreme Court*.....256
Yara Maria Pereira Gurgel
Efeitos da transmissão de empresa nas Convenções Colectivas à luz do direito comunitário e nacional.....265
Pedro Amauri de Oliveira
A reserva da vida privada do trabalhador nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro 280
Rafaela Guimarães Campos Fonseca
Grupos de sociedades: reflexão em torno de uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário.....296
Rúben Daniel Cardoso de Jesus
O papel das Centrais Sindicais no modelo sindical brasileiro.....312
Fernando Augusto Melo Colussi
O direito ao conhecimento das origens genéticas na adoção, procriação medicamente assistida e gestação de substituição.....320

Cândida Carvalho

El intercambio automático de información entre Estados para la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.....336

Rosibel Pérez Díaz

O direito ao consentimento informado das pessoas Incapazes com discernimento 347

Maria do Rosário Anjos e Joaquim da Veiga Cepeda

Por uma «cláusula de progresso» nos contratos de investimento estrangeiro 353

Maria do Rosário Anjos e Maria João Mimoso

A responsabilidade jurídica na gestão de resíduos sólidos urbanos: breve análise comparativa entre a lei portuguesa e a lei brasileira.....367

Roberta Fernandes De Faria e Laura Magalhães

A garantia da resolução de conflitos nas organizações empresariais pela efetivação da cultura do diálogo.....379

Luciane Mara Correa Gomes e Marcio Gonçalves Sueth

O Direito à desconexão e o Direito ao amor.....392

Danielle Riegermann Ramos Damião e Francisco Pedro Jucá

Comunicação de Esquemas de Planeamento Fiscal Agressivo. Que Futuro?.....408

José de Campos Amori

O Artigo 611-A, III, da CLT e o seu descompasso com a finalidade social do intervalo intrajornada 416

Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho e Brenno Henrique de Oliveira Ribas

A resiliência da capacidade contributiva como direito fundamental frente políticas de austeridade fiscal.....429

Paulo Arthur Germano Rigamonte e Brenno Henrique de Oliveira Ribas

Pobreza desenfreada: realidade do Nordeste brasileiro 442

Ana Carolina Abreu Bolina da Silva e André Augusto de Souza Augustinho

Crítica da hermenêutica de Lenio Streck: reforço teórico ao estado democrático de direito.....452

Danilo Marques Borges e Aricio Vieira da Silva

A uniformização da interpretação da lei como forma de assegurar a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade social: o Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro 471

Carla Campos Amorelli de Freitas

Direitos fundamentais e contrato de trabalho intermitente no brasil: uma leitura propositiva 480
Denise Fincato
Brinco, logo existo! Contribuições do marco legal da primeira infância para a efetivação do direito ao brincar como expressão do direito à felicidade e ao desenvolvimento de crianças no brasil.....496
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci e Michelle Asato Junqueira
Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais. 510
Thaís Cíntia Cárnio e Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello
Questões relevantes para a eleição da arbitragem como meio de dissolução de controvérsias em contratos internacionais.....521
Thaís Cíntia Cárnio
Da utilização dos meios de provas na esfera ambiental: tendências e desafios na era dos novos direitos.....531
Rachel Lopes Queiroz Chacur
Do direito à proteção de dados do menor à aplicação do RGPD: análise do consentimento do menor e a Convenção sobre os Direitos das Crianças.....547
Cândida Carvalho
A inovação docente na prática pedagógica: estudo de caso de gamificação no ensino do direito.....557
Daniela Serra Castilhos e Dora Resende Alves
Una aproximación a la protección civil como servicio público: A propósito de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección CiviL 565
Ana B. Lucas Tobajas
Fusión societaria como fórmula de integración transnacional de cooperativas. 579
Carmen José López Rodríguez
A crise representtiva sob a ótica constitucional e democrática: Interfaces entre a Revolução Constitucionalista de 1932 e a atualidade.....593
Pedro Gonsalves de Alcântara Formiga
Crise do capital social: Os caminhos percorridos nos EUA e na Europa. 610
Roberta Valiatti Ferreira
El derecho de la competencia europeo y su incidencia en el deporte.....621
Ignacio López

O Programa de Arrendamento Acessível como instrumento de realização do direito fundamental à habitação em Portugal 632
Renata Gomes de Albuquerque Sá
Consecuencias del acaparamiento masivo de tierras en los derechos humanos al agua y a los alimentos 649
Silvia Vilar González
Direito humano à alimentação adequada em pauta: uma análise do comentário geral da ONU nº 12.....664
Tauã Lima Verdan Rangel e Durcelania da Silva Soares
Instrumentos de proteção ambiental para a garantia do direito humano ao meio ambiente equilibrado 680
Durcelania da Silva Soares e Márcio Gonçalves Sueth
Do artigo 7.º do tratado da União Europeia na situação da Polónia.....695
Dora Resende Alves e Carlos Filipe Gonçalves Trindade
A atual problemática envolvendo a tetralogia do direito e sua vinculação às constituições democráticas 711
Caroline Buarque Leite de Oliveira
Limites à generalização da Jurisprudência como fonte do direito 723
Helena do Passo Neves e Ana Cristina Augusto Pinheiro
La implementación del dron como nueva herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales en el ámbito internacional.....737
Patricia González Pulido
A atual tendência jurisprudencial de descriminalização do aborto pelo poder judiciário brasileiro.....748
Tatiane Silva Ferreira e Deilton Ribeiro Brasil
Modelo constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas: um estudo crítico do meio ambiente como direito humano.....765
Poliana Cristina Gonçalves e Fabrício Veiga Costa
Atores não estatais e o problema da censura na internet.....784
Lucila Vilhena
A tutela dos direitos dos animais na seara constitucional brasileira 799
Liliana Maria Gomes e Sérgio Henriques Zandona de Freitas
La potestad de entrada en domicilio por la inspección de los tributos: potestades públicas frente a derechos fundamentales en la experiencia jurisprudencial española

.....813

Jaime Aneiros Pereira

O formalismo processual como barreira à garantia dos direitos fundamentais.....827

Hélintha Coeto Neitzke

A ilegalidade do exame toxicológico como meio de punição na execução penal: uma necessária conexão com os direitos humanos 844

Deilton Ribeiro Brasil Jesimiel André Pereira

A efetividade dos Direitos Sociais e o Custo Econômico dos Direitos 866

Alex Maia Duarte Filho

Evolução historica dos direitos fundamentais no processo civil.....880

Maryela Mireia De Sousa Bandeira e Charles De Sousa Trigueiro

Os direitos residuais das zonas econômicas exclusivas: a jurisdição das atividades militares no Direito Internacional.....894

Pedro Gonçalves de Alcântara Formiga

***Querela nullitatis insanabilis* como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional superado o prazo decadencial bienal da ação rescisória 908**

Poliana Cristina Gonçalves e Fabrício Veiga Costa

Instituições de Justiça na União Europeia: Intolerância aos Imigrantes

Leila Bijos[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Legitimidade Democrática. 3. Recrudescimento da Xenofobia e da Intolerância. 4. Desrespeito ao *Non-Refoulement*. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. Introdução

O fenômeno da globalização trouxe amplo acesso aos mais diversos produtos industrializados pelos cidadãos de todos os países do mundo, assim como a efetivação da liberdade, igualdade e fraternidade, que pressupõem os direitos humanos no intuito de construir um caminho que descortina um percurso do homem na busca de um espaço público, com direitos políticos e jurídicos.

A liberalização do comércio mundial abriu espaço para uma competição mais acirrada entre as empresas, eliminando as menos competitivas, fortalecendo e expandindo o mercado da disputa, o que redundou em crises sucessivas enfrentadas pelas economias das Américas, da Ásia e da Europa Ocidental. Para os países mais desenvolvidos, tornou-se indispensável uma revisão do modelo de desenvolvimento sustentável, com redução drástica dos direitos essenciais dos cidadãos.

Em decorrência da perda dos direitos sociais, aliada aos conflitos e desastres na Síria, no Afeganistão, Angola, Congo, Somália, Sudão, Haiti, e Venezuela, dentre outros países, num contexto de regimes totalitários, de grupos terroristas como o Estado Islâmico e *Boko Haram* na Nigéria, que produziram um fenômeno global de pessoas deslocadas.

O deslocamento de estrangeiros fragilizados, indocumentados, produziu um movimento migratório significativo em direção a países europeus, em busca de sobrevivência. O cenário abalou as estruturas da União Europeia, que não estava preparada para acolher mais de 60 milhões de pessoas num período de 12 anos, de 2005 a 2017, e desafia as Nações Unidas para solucionar a crise mundial, com propostas de diálogo, que não são aceitas por todos os países, como a Grã-Bretanha, que se recusa a acolher essa massa de migrantes.

[1] Doutora em Sociologia do Desenvolvimento, Universidade de Brasília, Professora Visitante do Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Karl-Franzens, Universidade de Graz, Áustria

2. Legitimidade Democrática

A crise mundial que se instalou no século XXI com milhões de refugiados, deslocados ambientais e indocumentados, trouxe um cenário desalentador, para os chefes de Estado, e para os organismos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

Do ponto de vista histórico, em 1946, logo na sequência da Segunda Guerra Mundial, a recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU) editou alguns princípios que deveriam reger as relações dos Estados com os refugiados: (1) O problema dos refugiados tem alcance e caráter internacional; (2) Não se deve obrigar o regresso ao país de origem aos refugiados que expressarem objeções válidas ao retorno; (3) Um órgão internacional deveria ocupar-se do futuro dos refugiados e pessoas deslocadas; e (4) A tarefa principal consistiria em estimular o pronto retorno dos refugiados a seus países e ajudá-los por todos os meios possíveis (BARRETO, 2003, p. 203).

Em 1951, três anos depois de editada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi aprovado o primeiro instrumento solene da ONU sobre a questão, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, que, no dizer de Piovesan (2009, p. 123-124), "constitui a carta magna que define esse caráter universal a condição de refugiado, dispondo sobre seus direitos e deveres". Malgrado alguns dos aspectos desse tratado serem alvo de críticas nesta proposta, não se pode deixar de reconhecer que ele foi um importante avanço. Trata-se do primeiro tratado a versar sobre a condição genérica do refugiado, delimitando seus direitos e seus deveres, ao passo que os anteriores tratavam de grupos específicos de refugiados, como russos, armênios e alemães, sendo editados posteriormente ao surgimento das massas de deslocados (RAMOS, 2011, p. 25). A partir das premissas da convenção é que o sistema global de proteção aos direitos humanos tem determinado o ordenamento jurídico dos refugiados em todo o globo.

É nesse sentido que a proposta em apreço objetiva trazer uma importante contribuição para o melhor entendimento da dimensão socioeconômica e das dificuldades enfrentadas pelos imigrantes que cruzam a fronteira da Turquia, Alemanha, França, Itália, a pé ou em barcos frágeis que, muitas vezes, os conduzem à morte. O trabalho promete lançar novas luzes na elaboração de novos mecanismos das cortes internacionais, visando à proteção aos indivíduos que cruzam as fronteiras dos países; normas que venham a não somente potencializar um importante canal de fortalecimento dos laços de humanidade entre os povos, mas também, propiciar aos deslocados, o respeito e a dignidade que, como seres

humanos fomentarão a cooperação e desenvolvimento mútuo dos países, numa plataforma de direitos humanos.

O foco principal de nosso interesse é funda-se nos direitos humanos e na garantia dos direitos fundamentais, ressaltando-se a reflexão sobre o crescimento dos movimentos populistas na União Europeia, que espelha um processo europeu que avançou sem um diálogo aberto com a sociedade. Evidencia-se uma ausência de comunicação, um distanciamento entre o direito legislado e a forma como ele se processa fora dos códigos, sem se adequar ao tempo, e ao povo aos quais se aplica, conforme suas necessidades.

Ressalte-se uma "crise dogmática jurídica", "crise de legitimidade, "crise do judiciário", e percebe-se num contexto de Confederação Helvética, que não há uma lógica formal na análise do direito, com inovações e operações efetivas, mas um paradigma de direitos fundamentais, em que não são discutidos os direitos sociais (LUHMANN, 2016). O contexto atual configura uma intolerância em relação aos imigrantes que se deslocam em massa em direção à Turquia, com destino à Alemanha, redundando na solicitação da Grã-Bretanha para a saída da União Europeia - BrExit, já que os britânicos se recusam a recebê-los em seu território. Investiga-se, ademais, a crise da economia global, a teoria do consenso através da qual os seres humanos vão balizar suas opiniões, e complementar seus objetivos, mesmo diante de distinções psicológicas entre os homens. Pondera-se a respeito do entrelaçamento de expectativas que se mesclam em ordem jurídica e práticas sociais.

O mais importante é uma nova criação de mecanismos que beneficiem o ser humano, e na análise de Luhmann (2016) ele se diferencia da reprodução autopoética. A pergunta que se faz é como se pode diferenciar a sociedade na qual isso se passa, uma vez que não existe uma teoria da sociedade que determine essa conceituação. Adentra-se na tese filosófica da unidade do valor e, em estratégias inovadoras e operações efetivas, para a resolução de muitos problemas com a expectativa do desenvolvimento de políticas inclusivas, que diminuam o racismo institucional. O neoliberalismo está mudando a alma dos indivíduos, e os imigrantes são vistos como inimigos dos trabalhadores, porque roubam o emprego dos cidadãos nativos (LUHMANN, 2016, p. 29).

A partir de uma reforma trabalhista, na década de 1980, o sistema social se desagregou, na Inglaterra, com a Primeira-Ministra Margaret Thatcher, e nos Estados Unidos da América, com Ronald Reagan. A "Dama de Ferro", como ficou conhecida, efetivou uma série de medidas e mudanças como a privatização de estatais e a redução da influência dos até então poderosos sindicatos britânicos. Os direitos sociais percorreram um longo caminho para o seu reconhecimento institucional, o que ocorreu no início do Século XX, mas trata-

se de uma classe normativa que ainda exige condições jurídicas, sociais e financeiras solidificadas, para se concretizarem plenamente, conforme destacam Godoy, Calsing e Santos (2017, p. 287).

A crise mundial dos imigrantes e refugiados que se instalou no Século XXI trouxe cenário desalentador, cuja solução, além do mundo da política, postula novas relações interestatais e econômicas, e necessariamente passam pelo direito internacional dos direitos humanos.

Não obstante os avanços alcançados no passado, com as levas de imigrantes cruzando as fronteiras, há embates violentos nas instituições de justiça na União Europeia, o crescimento da xenofobia e da intolerância, que contrastam com o crítico cenário de proteção conferida pela Declaração dos Direitos Humanos. Adentra-se em matrizes teóricas, postuladas por Hannah Arendt em sua obra *Origens do Totalitarismo* (1990), com críticas à cidadania, e propõem-se novos marcos teóricos, para ultrapassar o problema do deslocamento da função do Estado, a interpretação dos preceitos (BRITO; MOREIRA PINTO, 2015, p. 91) e das perspectivas de que sua correta aplicação seja um instrumento para o incremento da vida dos deslocados e refutados pela sociedade.

Faz-se um paralelo entre liberdade e soberania, e verifica-se que são excludentes por não se imiscuírem na pluralidade das relações humanas, em que o homem se vê enredado num processo de vitimização mais do que de agente do que fez. Embora a essência da ação seja a liberdade é aí que se sente menos livre, uma vez atado à responsabilidade de seu ato, o que nos impele a demonstrar a importância da dimensão política como plataforma de liberdade, enquanto incapacidade do homem para confiar em si mesmo e para ter fé absoluta em si próprio; pluralidade e realidade, enquanto incapacidade de permanecer como senhores únicos do que fazem. Como gerir a própria vida se esta se encontra atada à soberania do Estado, e o imperativo da soberania promove a desigualdade e o desequilíbrio do espaço social? (ARENDT, 2010).

Ao se analisar o conceito jurídico de homem, na medida em que a Declaração Universal dos Direitos do Homem o afirmou como fonte da lei, tornando-a inalienável, irredutível e indivisível, colocando-a no patamar de único soberano em questões legais, verifica-se "um homem abstrato que não existia em parte alguma"; o povo e não o indivíduo representa a imagem do homem (ARENDT, 2011, p. 325).

Hannah Arendt postula a perda da cidadania nacional, que implica na inacessibilidade do direito humano, decorrente dos displaced persons, apátridas europeus do pós-guerra. No mesmo diapasão situa-se a crítica de Karl Marx (1991) à generalidade e abstração do homem

moderno, [...] o homem é considerado um ser genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania imaginária, acha-se despojado de sua vida individual real e dotado de uma generalidade irreal (MARX, 1991, p. 25). Luhmann (2007, 14) pontua a crescente generalização do indivíduo, análise corroborada por Talcott Parsons (1991) que viu a solução, de forma semelhante a Durkheim (1997), em um consenso de valores que relaciona a crescente diferenciação com uma generalização igualmente crescente. John Rawls (2002), por sua vez, foi impelido a postular um "véu de ignorância" para a situação de partida na qual se fundam os princípios de justiça, o que impede os indivíduos de conhecerem sua posição e seus interesses.

Gravita-se em torno do acesso ao *status* político-jurídico que possibilitará a fruição legal, um conceito de *um direito a ter direitos*, no sentido de que todas as expectativas políticas do homem, desde a antiguidade grega, entendida como polis, concretiza-se na participação social (ARENDT, 2011, p. 330). Verifica-se, no entanto, o aniquilamento da cidadania, com a perda do lar. A autora alega que "o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é o que o expulsa da humanidade" (ARENDT, 2011, p. 331).

Os deslocados contemporâneos são compelidos pelas crises mundiais, perdem os direitos nacionais, e se transformam nos "sem lugar", isto é, aqueles que não gozam de um pertencimento a um lugar concreto e, concomitantemente, à sociedade. Na verdade, eles não se enquadram nas definições previstas na Convenção de Genebra e no Protocolo de 1967, definições estas consideradas ultrapassadas por teóricos modernos (BIJOS, 2015, p. 120-121).

A realidade vivida na época destes acordos feitos em prol dos refugiados se modificou e hoje presencia-se um mundo que sofre com calamidades naturais e novos problemas de estrutura. A Convenção de Genebra apenas atende a refugiados por motivos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e oriundos da Europa. O Protocolo de 1967 simplesmente complementou a Convenção, acabando com a reserva geográfica e temporal, fora isso, manteve a definição de refugiado intacta. Em 1969 a Organização da Unidade Africana (OUA), traz a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, que vai um pouco além dos conceitos já estabelecidos anteriormente, ampliando o significado de refugiados. De acordo com a Convenção:

> O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o

> lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade (OUA, 1969).

Ao se analisar a Convenção Relativa aos Aspectos dos Refugiados Africanos, o conceito de refugiado, a agressão, ocupação externa, dominação estrangeira, é preciso debruçar-nos sobre as modalidades de conflitos na África:

> On analyzing conflict in Africa, it is necessary to understand that there is a range of intra- to inter-state conflicts, which affect the socio-economic development of the continent. African countries have been involved in active civil war for some decades, and between the 1960s until the mid of 1990s mass violence has afflicted every nation, even those which got their independence experiencing personal injuries, physical and mental disorders, deaths, followed by the destruction of tribes, families' bonds, wealth and infrastructure (BIJOS, *Foreword* in BISWARO, 2013).

O cenário geral mostra que aproximadamente oitenta mudanças governamentais ocorreram nos 48 países da África Subsaariana, e muitos destes diferentes países tiveram conflitos fatais envolvendo situações no Burundi, na República Democrática do Congo (DRC), Libéria, Ruanda, Serra Leoa, Somália e Sudão, dentre outros, além de um grande número de refugiados.

A Declaração de Cartagena também trouxe uma ampliação do termo refugiado, mas vale lembrar que esta não possui poder jurídico, pois é apenas uma declaração e não um tratado e, neste caso, mesmo que seja desrespeitada por um Estado isto não configuraria em ilícito internacional.

Autores como Morton e Laczko, Boncour (2008), reconhecem os "refugiados ambientais", ou "*displaced persons",* que são indivíduos que cruzam as fronteiras de seu país, por temor de ameaça às suas vidas ou integridades, em razão de secas, inundações, terremotos e outras catástrofes ambientais, sejam de origem natural ou decorrente da ação humana. Os *displaced persons* tornaram-se "o refugo da terra, pois nem o país de origem nem qualquer outro os aceitam, passando os refugiados a dever suas vidas não ao direito, mas à caridade. Daí a impossibilidade destes desprivilegiados recorrerem aos direitos humanos (LAFER apud ARENDT, 1999, p. 149).

Essa situação deu início à ruptura, pois trouxe seríssimas consequências jurídicas num contexto que veio a se caracterizar pela mudança do padrão de normalidade do sistema interestatal até então vigente. Constata-se uma suposta *caridade* que o Estado pode (não significa que o faz) proporcionar a pessoa não levando em consideração a sua situação como tal. Ou seja, não será pela via da legalidade que ocorrerá o reconhecimento da pessoa, mas

pela benevolência do Estado. Há uma falta de reconhecimento do Estado em relação ao sujeito, uma vez excluído, tornar-se-á indiferente, transparente (ARENDT, 2011, p. 334).

São reflexões teóricas a partir de problemas concretos da agenda política contemporânea, as guerras, revoluções, disputas internacionais, a falência das instituições de justiça, a xenofobia, o ápice da intolerância com a crise migratória internacional. Há um abismo entre a possibilidade teórica e a incapacidade prática da cidadania integral, na aceitação do outro, que Castoriadis (2010, p. 124) com argúcia discorre em *A instituição imaginária da sociedade*, em que aponta a presença imaginária do homem, entendido no seu sentido "a característica essencial do discurso do Outro [...] é sua relação com o imaginário. É que, dominado por esse discurso, o sujeito se torna algo que não é e para ele os outros e o mundo inteiro sofrem uma deformação correspondente". Na verdade, o sujeito não se diz, mas é dito por alguém, existe, pois, como parte do mundo de um outro (certamente, por sua vez, travestido). Assiste-se à desconstrução do que fora por nós, construído anteriormente. O homem, partícipe da coluna de direitos é plasmado da invisibilidade quando guarda somente sua humanidade; escapa às categorias de inclusão e legitimação, pois o que define não é ele, mas o que está fora e deveria ser instância meramente de reconhecimento: o Estado (BRITO; MOREIRA PINTO, 2015, p. 102).

O sujeito "é portador de direitos e deveres, uma personificação das normas", na acepção de Costa Douzinas (2009, p. 240), na obra *O fim dos Direitos Humanos*, que tem um capítulo destinado a tratar do sujeito de direito, onde o autor defende que a pessoa se diferencia do sujeito na medida em que este é fruto da lei. Mellegari (2012) aporta que os direitos humanos se desencontram da pessoa que o inspira, pois ambos se veem frustrados na sua expectativa, uma vez que as políticas estão baseadas em verdades ideológicas, e não na praticidade de soluções dos problemas da coletividade.

A eclosão das massas de deslocados mostra um ser humano essencialmente solitário, pois não se sente contemplado na sua singularidade de pessoa ali inserida, como ensina Douzinas (2009), conferindo ao líder a possibilidade de supressão da solidão por meio da permissão no governo de sua vida – uma *legitimação ideológica*, ou seja, na medida em que se convence da ideia do líder, convencer-se-á da própria ideia. Hannah Arendt (2011) versa sobre a democracia moderna que se converteu na manipulação da maioria pela minoria; tendo a expressão mais significativa nos regimes totalitários.

Os regimes totalitários não foram suprimidos durante as várias "transformações" do Estado, nem se inseriram verdadeiramente nas "Metas de Desenvolvimento do Milênio". Áreas afetadas pelo conflito e violência, como a Síria, o Sudão, a Venezuela, e países como

Honduras, que perderam a trilha do desenvolvimento, ficaram para trás, em comparação com países pacíficos e estáveis. Os indicadores de desenvolvimento humano são os piores em áreas de conflito. As dificuldades para se alcançar este utópico desenvolvimento se tornam mais difíceis devido à contínua onda de violenta insegurança, divisões politizadas e militarização. As pessoas que vivem nessas áreas consideram como a redução dos níveis de violência e conflito, como uma solução importante para que suas vidas possam ter melhores índices de desenvolvimento, e que eles possam permanecer na sua terra natal, em vez de procurar outras áreas seguras para viver com suas famílias.

A inclusão da violência e paz nas últimas metas de desenvolvimento seguem uma onda de pensamento que teve início na década de 1990, mas que não previu a eclosão de grupos terroristas como o Estado Islâmico, o Boko Haram, que rejeitam a política dos países democráticos. Nesse sentido, a violência grassa não apenas os países pobres, mas também muitos estados em regimes de transição, como a África do Sul, a Nigéria e o Paquistão. Afeta também países ricos como os Estados Unidos da América, o Brasil e Israel. A capacidade de cada sociedade enfrentar os impactos da violência e transformar-se em bastião da paz depende da existência de instituições democráticas legítimas.

3. Recrudescimento da Xenofobia e da Intolerância

A partir da expansão das novas tecnologias e da inovação, a sociedade civil conscientiza-se de seus direitos, e esse direito tem adquirido proporções incomensuráveis, o que ocasiona por diversas vezes conflitos que transbordam o limite territorial do Estado. A falta de um sistema universal de normas dificulta a resolução pacífica dos conflitos, pois cada estado e seus nacionais possuem aspectos culturais e ideológicos diversos, gerando conflitos, inclusive armados, a fim de defender suas ideologias. Verifica-se que há um recrudescimento da xenofobia e da intolerância, que se evidenciaram nos choques culturais e ideológicos, se fizeram sentir em Paris em 2015, em decorrência de ataques terroristas simultâneos, em 13/11/2015. Após o ataque de 11 de setembro de 2001, às Torres Gêmeas nos Estados Unidos, os países democráticos perderam a confiança em seus sistemas de segurança, o inimigo ronda os aeroportos, as ruas das cidades, e infiltra-se nos bairros de classe média, como cidadão pacífico (BIJOS; CAMPOS, 2015, p. 86-87).

Em 07/01/2015, Paris foi palco de atentado terrorista liderado por islamistas, ao jornal semanal francês Charlie Hebdo que tem por histórico sátiras antirreligiosas e esquerdista. O atentado ao Charlie Hebdo trouxe à baila questões como o direito à liberdade de expressão, liberdade de imprensa, bem como o respeito à cultura e a liberdade de credo.

Apesar das críticas à filosofia editorial do jornal, que abertamente critica os líderes religiosos islâmicos, ninguém poderia imaginar que outros ataques a Paris seriam planejados, com o massacre ocorrido na noite de 13 de novembro de 2015, em seis locais simultâneos, com 129 pessoas mortas, e mais de 352 feridas em estado grave. Seguiram-se ataques terroristas a Bélgica, Alemanha, Inglaterra, o que aumenta a não-aceitação dos deslocados, que apresenta conflitos marcados por divergências culturais, conforme analisado por Samuel Huntington (1993) em sua obra *O Choque de Civilizações*. Bauman, em seu último livro "Estranhos à Nossa Porta" (2017), retrata a grande tragédia da "crise migratória". O autor reflete sobre as condicionantes psicológicas que abrem um flanco para o ódio, o medo e a rejeição das populações europeias quanto aos migrantes econômicos e refugiados de guerras, assim como aborda diversos ângulos das agruras e violações (físicas e psicológicas) a que estão sujeitas as populações migrantes no solo europeu "estranho". A crescente globalização das interações entre pessoas de diferentes civilizações e o amplo fluxo migratório intensificam o consenso e a consciência das diferenças entre as civilizações e comunidades (BAUMANN, 2017, p. 8-9).

Os processos de modernização econômica e mudança social têm afetado identidades locais de longa data, separando pessoas e enfraquecendo os Estados Nacionais como fonte de identidade. As características culturais e as diferenças são menos mutáveis e mais complicadas de serem resolvidas do que divergências políticas e econômicas. Ao ponderarmos sobre estas questões nos debruçamos sobre as diferenças nos patamares de desenvolvimento. A Comunidade Europeia repousa sobre o fundamento comum da cultura europeia e do cristianismo ocidental. A sociedade civil precisa reconhecer que sua diversidade vai além do multiculturalismo e passa pelo interculturalismo, o que coloca essa sociedade como integrante das decisões estruturais do país com a emergência de novos espaços e a preservação desses grupos, e não somente o reconhecimento do diferente, mas a integração da diversidade. Paes e Massa enfatizam que "seria uma sociedade civil plural e democrática pautada no multiculturalismo e interculturalismo" (PAES; MAZZA, 2015, p. 15).

A partir dessas reflexões, adentra-se na construção do instituto do refúgio, de uma análise crítica da definição terminológica trazida pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluindo-se por sua insuficiência no contexto do Século XXI e pela necessidade de uma releitura modernizadora de seus valores.

4. Desrespeito ao Non-Refoulement

O princípio do *non-refoulement*, sua construção histórica, aplicação coercitiva e argumentação sobre seu enquadramento como *jus cogens* (SILVA, 2015, p. 130; CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, 2009), merece uma análise sucinta, balizada no princípio liberal, político, religioso que surgiu no pós-guerra, e pormenores da crise humanitária do início do Século XXI. Ressaltem-se, no entanto, a fragilidade existencial e a precariedade das condições sociais humanas nos tempos globalizados, insuflada pela competição pelo mercado de trabalho e melhores condições de vida, que criam uma profunda incerteza e medo nas sociedades invadidas pelos "estranhos", que batem a "nossa porta" e a quem se torna mais fácil culpar por todos os males gerados pela conjuntura política e econômica da globalização (BAUMAN, 2017, p. 14). Rejeita-se, o "outro", como uma conveniência inconsciente, e mesmo um "hábito" nas sociedades dominadas pelo pensamento hegemônico (quase todas), passa-se a culpar os mensageiros pelo conteúdo odioso da mensagem de que são portadores – nesse caso, aquilo a que Bauman chama de "enigmáticas, inescrutáveis, assustadoras e corretamente abominadas forças globais que suspeitamos (com boas razões) serem responsáveis pelo perturbador e humilhante sentido de incerteza existencial que devasta e destrói nossa confiança" (BAUMAN, 2017, p. 21).

O conceito originário de refugiado foi delimitado pelo artigo 1° da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que o definiu como toda pessoa que "tendo um temor bem fundado de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país" (TRINDADE, 2000, p. 36).

A análise dos problemas estruturais da sociedade perpassa pela criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e a entrada em vigor da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 1967, de situações que originaram os grandes fluxos de refugiados ao longo das décadas, das complexas relações internacionais surgidas em consequência do final da Segunda Guerra Mundial. Os movimentos de libertação nacional, o ressurgimento de formas extremas de nacionalismo, de partidos políticos de extrema direita, o separatismo étnico, o aumento dos conflitos armados internos, o racismo, o desmoronamento de grandes blocos ideológicos, e o surgimento de novos grupos econômicos de influência contribuíram para uma instabilidade na qual situações de violação de direitos humanos encontraram campo fértil (LEÃO, 2003, p. 5), inclusive com o surgimento de grupos fundamentalistas.

Os esforços dedicados à integração e harmonização da União Europeia ruíram desastrosamente em face de objetivos supranacionais, de medidas políticas que afetaram os

países vizinhos, como a Síria, o Iraque e o grupo étnico curdo. A definição de direitos humanos hoje é insuficiente para conferir a proteção originariamente concebida, pois, se aplicada sem temperamentos, deixará de lado grupos vulneráveis quanto o descrito, a exemplo dos deslocados ambientais e econômicos, os que deixam seus lares para se abrigarem de conflitos armados.

A identificação das causas dos movimentos irregulares de pessoas que originam os fluxos significativos em busca de proteção internacional é de importância fundamental para a prevenção destas situações. Para que a aplicação do refúgio possa ser eficaz, essencial a plena aplicação do princípio do *non-refoulement*, que, nos moldes do artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, veda os Estados compromissários a expulsarem ou rechaçarem pessoa que pede refúgio, por qualquer motivo, para local em que sua vida, integridade ou liberdade correm risco (GOODWIN-GILL, 1996, p. 42). Dito de outro modo, obsta que os Estados estimulem ou incrementem os riscos que ensejaram o refugiado a sair de seu lar, inclusive não podendo vedar a entrada de um pretendente ao refúgio quando isso implicar no retorno do estrangeiro a um Estado em que sua dignidade não esteja garantida (LAUTERPACHT; BETHEHEM, 2003, p. 115).

Após a virada do milênio, o mundo desenvolvido assistiu passivamente à súbita ampliação do número de pessoas que cruzam as fronteiras como imigrantes ou que buscam refúgio. Conflitos e desastres na Síria, Afeganistão, Somália, Haiti, Sudão e Colômbia impulsionaram o total de deslocados para a casa dos 60 milhões, maior patamar contabilizado desde a Segunda Guerra Mundial (COLLIER, 2015 apud BAUMAN, 2017, p. 13). Ao mesmo tempo, sucessivas foram as crises enfrentadas pelas economias das Américas, da Ásia e da Europa Ocidental, que tornou indispensável aos Estados repensarem seu papel no desenvolvimento social, inclusive levando-o a reduzirem os direitos essenciais de seus próprios nacionais.

No contexto da proteção jurisdicional para a salvaguarda dos direitos humanos, o grande dilema é a possibilidade de os Estados não honrarem seus compromissos internacionais de outorga de refúgio sem viabilizar o bem-estar daqueles que já estão em seus territórios.

A partir de 2014, a encruzilhada foi ampliada com o crescente quantitativo de sírios que buscavam entrar no continente europeu por seu Leste, bem dos que partiam do Norte da África, tentando atingir a Itália a bordo de precárias embarcações que cruzam o Mar Mediterrâneo (OLIVEIRA, 2017, p. 35).

O cenário internacional recente com o rechaço aos imigrantes nos Estados Unidos, e na União Europeia representa uma séria afronta às normas do direito internacional em geral e, sobretudo, aos tratados do direito internacional dos direitos humanos, do direito internacional humanitário, e do direito internacional dos refugiados que, juntos conformam as três vertentes da proteção internacional da pessoa humana. Enfim, a visão política europeia está conseguindo fragilizar o que talvez tenha sido o legado civilizatório mais importante do século XX: o direito internacional e os direitos humanos (LEÃO, 2003, p. 86).

O resultado do desencontro terminou por encadear o previsível descumprimento do princípio do *non-refoulement* (HATHAWAY, 2005, p. 300). Os dados disponibilizados durante o primeiro semestre do 2016, mostram que a Anistia Internacional muitas vezes denunciou que a Turquia, porta leste de entrada no continente europeu, tem diariamente deportado mais de cem sírios - gestantes e crianças, inclusive - de volta para seu país em guerra; o Líbano e a Jordânia têm feito o mesmo. Igualmente, que a Grécia, cotidianamente e sem motivos razoáveis, está deportando imigrantes de volta para a Turquia, que, num segundo momento, os retorna para a Síria. Agravando o lastimável cenário, a Itália devolveu para a Líbia muitos dos que chegaram a seu território via mar, alocando-os em centros de detenção que não assegurava a implementação dos Direitos Humanos mais corriqueiros.

A problemática força questionar se porventura pode ser legítimo ao Estado recusar aplicação ao princípio do *non-refoulement* e, em caso positivo, em qual medida e sob quais justificativas isso seria adequado. Igualmente, impõe o desenvolvimento de mecanismos hábeis a distribuir o ônus de receber refugiados entre todos os Estados amantes da paz.

5. Conclusões

Como análises conclusivas, verifica-se a insipiência de políticas públicas e tratados internacionais que realmente coíbam a prática de abusos e a prevenção da xenofobia e rejeição às vítimas de perseguições políticas, abusos físicos e sexuais, trabalho escravo, e tráfico de pessoas. Insta trabalhar com possíveis caminhos de solução, ancorados nas instituições de justiça internacionais, e na diplomacia multilateral. Na verdade, as instâncias jurídicas e o direito internacional são amplamente vistos pelo seu fracasso ao lidar com os problemas internacionais mais urgentes. As mazelas regionais, acentuadas pelas iniquidades humanas, que avassalam os continentes, debilitam o ser humano, afetam a cidadania, e provocam o aniquilamento dos direitos humanos. Homens e mulheres privados de nacionalidade perdem sua capacidade jurídica.

Ao deslocar-se de sua terra natal, fugindo de perseguições políticas, fome, miséria e catástrofes ambientais, o cidadão perde seu espaço político, sua dignidade, sujeitando-se às intempéries, incertezas e insegurança.

Os dilemas do partir e cruzar as fronteiras de outros países, apresentam as agruras dos caminhos e a força hercúlea de quem deseja que uma porta se abra para descortinar o novo, o inusitado e o progresso de um viver tranquilo e reconfortante, mas o que se percebe é que os fluxos migratórios se revestem de cunho racista, fundamentados nos argumentos biológicos do homem negro africano, ou asiático de pele amarela.

É nesse contexto cruel que se assenta a análise das migrações acelerada pela globalização contemporânea. Há uma ligação entre a movimentação dos indivíduos no planeta e as condições econômicas oferecidas por cada região do globo. O desejo do indivíduo de melhorar de vida torna-se ação na medida em que outras localidades oferecem, ou parecem oferecer maiores condições para que o indivíduo alcance a "felicidade". A pobreza implica privação das capacidades do ser humano e limitação das liberdades, pois concentra-se em privações que são intrinsecamente importantes, e existem outras influências sobre a privação de capacidades além do baixo nível da renda, como os abusos físicos, morais e sexuais.

O liberalismo exacerbado no pós-Segunda Guerra Mundial, objetivava ajudar o Estado, estimular a produção e a economia do sistema capitalista. Com nuances positivas de um lado, como inovações tecnológicas, massificação do conhecimento; em contrapartida, o estilo moderno, é competitivo, próprio da economia internacional, e excludente.

A globalização, enquanto expansão econômica e liberação do sistema político-financeiro de sua responsabilidade social, não une a humanidade. Pelo contrário, acentua a divisão, a segregação e a exclusão. A globalização dos transportes e das telecomunicações, associada à disparidade entre a riqueza dos países, possibilitou um aumento da mobilidade humana e, consequentemente, um incremento no número de pessoas que se colocam em situação de risco em relação à entrada irregular em países do Norte, à permanência além do permitido no visto de entrada, ao tráfico de drogas e de pessoas.

A rejeição aos imigrantes pelas autoridades públicas nos EUA e Europa espelha a impossibilidade de acesso ao trabalho e renda, perpetua o ciclo de vulnerabilidade, o que impulsiona o trânsito por vários países, a luta pela sobrevivência e a submissão de pessoas a condições subumanas de trabalho.

6. Referências

ANDRADE, Jorge Bronzeado. *Estranhos à Nossa Porta*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Análise Social 224, LII (3º), 2017, p. 724-727.
ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.
_____. **Origens do totalitarismo** (trad. de Roberto Raposo). São Paulo: Cia das Letras, 2011.
BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **A política de refúgio no Brasil contemporâneo.** São Paulo: Renovar, 2003.
BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
BIJOS, Leila (Coord.). **Relações Internacionais: a difícil integração de um mundo em crise.** São Paulo: PoloBooks, 2016.
_____. Deslocamentos forçados por questões ambientais: haitianos no Brasil. **In:** Paes, J.E.S. **Terceiro setor e tributação.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 111-135. 7 v. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
BIJOS, Leila; CAMPOS, Flávia de Sá. Conflitos Internacionais: Terrorismo Islâmicos. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS, Brasília, v. 2, nº 2, p.86-114, Jul-Dez,2015.Disponívelem: http://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS.
_____. Religião: Elo de Sustentação do Imigrante, In: FREITAS, Marta Helena de; PAIVA, Geraldo José de; MORAES, Célia (orgs.). **Psicologia da Religião no Mundo Ocidental Contemporâneo: Desafios da interdisciplinaridade**, Volume II, Brasília: Universa, 2013, pp. 275-312.
_____. *Foreword* in BISWARO, Joram Mukuma. **The Role of Regional Integration in Conflict Prevention, Management, and Resolution in Africa: the case of African Union (AU)**. Brasília: FUNAG, 2013.
_____. **Discriminação Étnica-Racial: "Nikkeis" Brasileiros no Japão**. Brasília: Editora Universa, 2009.
BRITO, Franclim Jorge Sobral de; MOREIRA PINTO, João Batista. A Construção Axiológica dos Direitos Humanos como Plataforma Plural, Socioambiental e Emancipatória. In: TAVARES NETO, José Querino; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges (Org.) **I Encontro de Internacionalização do CONPEDI: Atores do desenvolvimento econômico, político e social diante do Direito do século XXI**. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, p. 89-123.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade. São Paulo: Paz e Terra,** 2010.
COLLIER, Paul. **Exodus: How Migration is Changing Our World**. Oxford: Oxford University Press, 2015.
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - 2014: migração, refúgio e apátridas.** Brasília: CNJ, 2016.
CRIDDLE, Evan J.; FOX-DECENT, Evan. A fiduciary theory of jus cogens. **Yale Journal of International Law,** v. 34, p. 1, 2009.
DURKHEIM, Emile. *The Division of Labor in Society*. (Trans. W. D. Halls, intro. Lewis A. Coser). New York: Free Press, 1997.
DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
FICORILLI, Giorgia. Il principio di non-refoulement. 2010. 194 f. Dissertação (Doutorado em ordem internacional e direitos humanos) - Universita Degli Studi di Roma, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; CALSING, Renata de Assis; SANTOS, Júlio Edstron S. A Construção dos Direitos Sociais: efetivação, desafios e perspectiva no Brasil Atual. **REPATS**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 286-323, Jan-jun. 2017.
GOODWIN-GILL, Guy S. **The refugee in international law.** 2. ed. Oxford: Oxford University, 1996.
HATHAWAY, James C. **The rights of refugees under international law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
HUNTINGTON, Samuel. **O Choque de Civilizações e a Recomposição da Ordem Mundial** (Tradução de M.H.C. Côrtes). Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.
KOH, Harold Hongju. The "Haiti Paradigm" in United States human rights policy (1994). **Faculty Scholarship Series. Paper 2092.** Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2092>. Acesso em 13 de abril de 2018.
LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Daniel. The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion. **In: UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). Global Consultations on International Protection/Second Track, 20 June 2001.** Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3b3702b15.html>. Acesso em 13 de abril de 2018.
LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. As Três Vertentes da Proteção Internacional da Pessoa Humana: Uma Reflexão a Partir do Mercosul. In: **Proteção Internacional da Pessoa Humana, Revista Universitas/Relações Internacionais**, Vol. I, nº 2 – Janeiro a Julho de 2003 – Série Nacional, Brasília: UniCEUB, 2003, p. 85-108.
LUHMANN, Nikklas. **O Direito da Sociedade** (Trad. Saulo Krieger, Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon). São Paulo: Martins Fontes, 2016.
MARX, Karl. **A questão judaica**. 2ª edição. São Paulo: Moraes, 1991.
MELLEGARI, Iara Lúcia Santos. **Direitos Humanos e Cidadania**. Curitiba: Juruá, 2012.
MORTON, Andrew; BONCOUR, Philippe; LACZKO, Frank. **Human Security Policy Challenges.** Climate Changes and Displacement, FMR31, 2008, Disponível em: www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR31/05-07.pdf, acesso 26/11/2017.
OLIVEIRA, Henrique Gentil. Princípio do *Non-Refoulement* e a Crise Contemporânea de Refugiados. Brasília: Universidade Católica de Brasília (Dissertação de Mestrado em Direito), 2017.
OUA. *Convention de l'OUA Regissant les Aspects propres aux problems de réfugiés en Afrique*, 1001 U.N.T.S entré en vigueur 1974. University of Minnesota: Human Rights Library. Disponível em: http://hrlibrary.umn.edu/instree/french/v1crsf.htm, acesso em 27/11/2017.
PAES, José Eduardo Sabo; MAZZA, Willame Parente. A Sociedade Civil e a Sustentação do Estado Social: Da Crise do Estado Fiscal ao Constitucionalismo Latino-Americano. **In:** Paes, J.E.S. **Terceiro setor e tributação.** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-22. 7 v. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
PARSONS, Talcott. **The Social System** (Preface to the new edition of Brian S. Turner), 2nd edition. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1991.
PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2015.
_____. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2009.
RAMOS, André de Carvalho. Asilo e refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. **In: 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**, 2011.
RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, Joana de Angelis Galdino. **O direito à não devolução e o reconhecimento do non-refoulement como norma *jus cogens*.** (Dissertação, Mestrado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.
SLAUGHTER, Anne-Marie**. A New World Order**, Princeton: Princeton University Press, 2004.
TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; SANTIAGO, Jaime Ruiz de**. La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI**. San José, Costa Rica: Gossestra Internacional, 2001.

Transporte Marítimo Sustentável – Transporte Verde

Alexandre Ricardo Machado[1]

Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado[2]

Sumário: 1. Introdução. **2.** Economia e Regulamentação. **2.1**. IMO 2020 e ISO 8217: vantagens e desvantagens do sulphur fuel. **2.2.** MARPOL e o Anexo VI- Avaliação da disponibilidade de óleo combustível. **3.** Conclusão. **4.** Bibliografia.

1. Introdução

As nossas considerações seguem a linha mestra da sustentabilidade do transporte marítimo, sendo que a sua sustentabilidade é de primordial importância. O sector do transporte marítimo deveria ter um maior sentido de responsabilidade para levar a cabo os objetivos estabelecidos a nível europeu e na Organização Marítima Internacional (IMO), nomeadamente: 1) A implementação das medidas recomendadas pela recém adotada Estratégia da IMO para a redução dos gases com efeito de estufa; 2) Promover as emissões de descarbonização do tráfego marítimo; 3) Promover a redução drástica dos níveis de enxofre nos combustíveis; 4) tolerância zero à produção de lixo marinho; 5) Promover a segurança das operações "*ballast*" e de detritos no que diz respeito ao transporte e disseminação de espécies; 6) Promover a reciclagem, tecnologias de produção mais limpas e padrões de consumo mais sustentáveis.

A descarbonização exigirá inovação em tecnologia, que já existe, mas precisa de ser melhorada para usar os novos combustíveis. Não há dúvida de que o hidrogênio em suas várias formas e a energia nuclear estarão de mãos dadas e será uma solução para o transporte marítimo do futuro.

A descarbonização da navegação é o maior passo e provavelmente o mais difícil que a indústria naval deve considerar num futuro próximo. O impacto da descarbonização será muito mais forte, e o impacto dos combustíveis com baixíssimo teor de enxofre, mais difícil de resolver, uma vez que se tornam necessárias grandes estratégias e caminhos bem definidos, a fim de evitar erros consideravelmente dispendiosos.

[1] Doutor em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, Professor, Consultor e Advogado Especializado em Direito do P&G, Professor da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo
[2] Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Coimbra, Consultora Jurídica em Direito Marítimo e Portuário; Setor Energético; e, Direito Administrativo e Tributário.

Determinar a respeitabilidade no cumprimento das normas da IMO 2020 não significa somente uma preocupação na gestão dos combustíveis a selecionar. Submete-se também para aqui, a importância em estabelecer prioridades quanto ao real procedimento na transição da HFO para novas alternativas com baixo nível ou teor de enxofre, requerendo sempre uma gestão cautelosa[3].

Com os limites impostos por parte da IMO, passamos a observar uma mudança radical no cenário dos combustíveis, a ideia de incorporação de segmentos de controle de emissões[4] (ECA) é uma imposição constante, nomeadamente a qualificação que faz para os mares Báltico e do Norte como zonas de controlo de emissões de nitrogénio (NECA), com produção de efeitos a partir de 1 de janeiro de 2021.

Por exemplo, o plano de ação de 2016 para a Dinamarca visou fomentar a criação de novidades tecnológicas de vigilância e de controlo das emissões de enxofre dos navios no próprio país, bem como noutros países integrantes das zonas ECA, fazendo prevalecer a interrelação com os seus fornecedores de combustível e, entre uma panóplia de medidas a

[3]Ver artigo de Luca Volta, Marine Fuels Venture Manager, ExxonMobil, em https://www.containerst.com/news/view,exxonmobils-low-sulphur-compliant-fuels-will-be-residual-grades_54434.htm.

[4] As zonas de controlo das emissões de enxofre (ECAs) circunscrevem áreas marítimas onde se estabeleceram níveis de controlo mais limitados para reduzir ou minimizar as emissões atmosféricas dos navios, conforme o definido no Anexo VI do Protocolo MARPOL de 1997 – "Regras para a Prevenção da Poluição do Ar por Navios". Se visualizarmos a Regra n.º 14, acerca de Óxidos de Enxofre (SOx) e matéria sob a forma de Partículas, as exigências de carácter geral, definem-se nos n.ºs 1 a 6, pelo seguinte: "1 – O teor de enxofre de qualquer óleo combustível utilizado a bordo de navios não deverá ultrapassar os seguintes limites: - 4,50% m/m antes de 1 de janeiro de 2012; - 3,50% m/m em 1 de janeiro de 2012 ou depois; - 0,50% m/m em 1 de janeiro de 2020 ou depois. 2 – O teor de médio mundial de enxofre do óleo residual fornecido para navios deverá ser monitorado levando em consideração as diretrizes desenvolvidas pela Organização (MEPC.82(43) - "Diretrizes para Monitorar o Teor Médio Mundial de Enxofre de Óleos Combustíveis Residuais Fornecidos para a Utilização a Bordo de Navios").
Relativamente às exigências dentro das Áreas de Controle de Emissões, diz-nos o n.º 3 da Regra n.º 14: Para efeitos desta regra, as áreas de controle de emissão deverão incluir: - a a´rea do Mar báltico, como definida na Regra 1.11.2 do Anexo I, e a área do Mar do Norte, como definida na Regra 5(1)(f) do Anexo V; - a área Norte Americana, como definida pelas coordenadas fornecidas no apêndice 7 a este anexo; e, - qualquer área marítima, incluindo qualquer
área de porto, designada pela Organização de acordo com o critério e procedimentos estabelecidos no apêndice (…)".
As emissões integram os seguintes componentes: SOx, NOx, ODSs e VOCs. Já a sua regulamentação passou a vigorar em maio de 2005. O Anexo VI (cfr. visto) insere requisitos regulamentares de emissões e de qualidade de combustível relatives a Sox e PM, ou NOx. Impera um requisite global e controlos mais rigorosos nas Zonas de control de Emissões especiais (ECA). As disposições normativas têm como origem paradigmática todo um cenário de preocupações acerca da poluição do ar local e, basicamente preocupações de cariz ambiental raletivamente à indústria do transporte marítimo. – Ver "Air Pollution and Greenhouse Gas Emissions", em http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/PollutionPrevention/AirPollution/Pages/Default.aspx. Acesso realizado em 30-10-2018; Prevention of Air Pollution from Ships - : MEPC.176(58) Amendments to the Annex of the Protocol of 1997 to amend the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (Revised MARPOL Annex VI); Sulphur oxides (Sox) – Regulation 14; Acessos realizados em 30-10-2018.

imposição de tecnologias que propiciem o devido funcionamento normativo e regulamentar pelos navios. Nestes termos, entre os anos de 2014 e 2015, os planos da Dinamarca visaram atingir a duplicação de segurança, controlo e vigilância aérea do espaço dinamarquês relativamente ao teor de enxofre nos navios. Por sua vez, a Agência de Proteção do Ambiente e a Autoridade Marítima da Dinamarca referem que, em 2015 os armadores fizeram cumprir a lei estipulada. Sendo esta realidade verdadeiramente positiva para o mundo marítimo, não é de todo menos apropriado acautelar num tempo futuro a imprescindibilidade na manutenção de sistemas de controlo e de vigilância no correto manuseamento das emissões de enxofre, devendo as mesmas se limitar aos níveis fixados pela lei. E, falamos neste contexto tanto para a Dinamarca como para outros países da ECA[5].

A zona NECA é uma área adicionada através do protocolo designado no Anexo VI, ou seja ECAs com áreas limiares de emissões de nitrogênio denominadas de Áreas de Controle de Emissões de Óxido Nitrogênio (NECAs). Por sua vez, deverá ser regulamentada de acordo com os recentes trâmites de controlo dos níveis de emissões de óxidos de nitrogênio dos navios edificados a partir de 1 de janeiro de 2021.Não surpreende, por isso, que a nova configuração dos transportes marítimos implique a utilização de novos equipamentos com catalisadores ou ainda, justamente, que sejam alimentados com gás natural liquefeito, reduzindo o âmbito das emissões de nitrogênio, fazendo-se cumprir as exigências regulamentares[6].

Estimativas atualizadas do Programa Europeu de Acompanhamento e Avaliação (EMEP), com as zonas NECA sobrevalorizam a diminuição dos resíduos de azoto no mar Báltico podendo vir a contextualizar valores na ordem das 22 mil toneladas, subdivididos em sete

[5] http://www.shortsea.pt/dinamarca-reforca-controlo-das-emissoes-de-enxofre/.

[6] A regulamentação inerente ao controle de NOx aplica-se globalmente a: - qualquer motor marítimo a gasóleo com mais de 130 KW de capacidade de navegação; e, a motores usados unicamente para finalidades reservadas a emergências ligadas á tonelagem da embarcação marítima. É de salientar, que na prática, existam três modelos regulamentares definidos de acordo com a data de edificação do navio. Aplicam-se desta três níveis: Nível I, a navios de construção datada após 1.º de janeiro de 2000. Os motores que se situam entre 130 rpm devem ter um limite de emissão de 17 (g/KWh), os motores que se situam entre os 130 e 1999 rpm não podem ter mais de 12,1 (g/KWh), e os motores acima de 2000 rpm devem ter possuir o limite de 9,8 (g/KWh). Já referente ao nível II para motores inferiores a 13 rpm devem ter um limite de 14,4 (g/KWh), para motores de 130-19999 rpm devem ter um limite de 9,7 (g/KWh) e para motores acima de 2000 rpm o limite situa-se em 7,7 (g/KWh). Os limites do nível II aplicam-se a navios de construção após 1 de janeiro de 2011. Po último o nível III aplica-se somente a áreas muito particulares nas quais as emissões de NOx são controladas (NECAs) e aplicam-se a navios construídos posteriormente a 1.º de janeiro de 2016. Aplica-se o nível III /para motores abaixo de 130 rpm o limite é 3,4 (g / Kwh), motores entre 130-1999 rpm o limite nos 2,4 (g / kWh), motores acima de 2000 rpm devem ter o limite de emissão do ciclo ponderado total de 2,0 (g / kWh). Consultar Nitrogen Oxides (NOx) – Regulation 13 em http://www.imo.org/en/OurWork/environment/pollutionprevention/airpollution/pages/nitrogen-oxides-(nox)-%E2%80%93-regulation-13.aspx; e, The Act To Prevent Pollution From Ships (APPS) Enforcement Case Resolutions em https://www.epa.gov/enforcement/act-prevent-pollution-ships-apps-enforcement-case-resolutions. Acessos realizados em 30-10-2018.

mil toneladas a serem depositados na superfície marítima e as restantes 15 mil toneladas deixarão de afectar a bacia hidrográfica respetiva.

De acordo com um processo de construção e de reforço da qualidade ambiental, e de vastas regulamentações de carater Internacional, Europeu e nacional manifesta-se o propósito de um trabalho contínuo e colaborador, olhando para além de 2020, questionando do ponto de vista conjuntural e no nosso tema em concreto, qual irá ser o próximo desafio ambiental para os armadores.

Estas ideias fazem com que se coloque um conjunto de problemas em cima da mesa, para os quais, o esquema de comércio económico de CO2 é de imediato chamado à ribalta, de modo, a que se force a iniciativa de redução de emissões acarretando assim uma dinâmica capaz de promover um desafio para a própria indústria naval. As boas e as más perspetivas para esta indústria é que as expetativas e desafios nunca terminam. Deparamo-nos com uma constante evolução para um fluxo específico, obrigando os participantes a desenvolver novas soluções para novos problemas. Subjacente a estas mudanças e desafios rebrilham propósitos comuns quer quanto a alterações da normatividade Internacional, quer quanto à responsabilização dos Estados, e por último, quanto aos regimes jurídicos dos espaços marítimos Internacionais. Inerente a estas mudanças encontramos a intencionalidade comum de humanizar o direito ambiental, tornando-o promotor de um adequado instrumento económico para o transporte marítimo que a bem de ver é o principal sistema de distribuição na nossa economia e, portanto, posiciona-se para ficar nos tempos mais próximos, mas terá que se modificar sucessivamente e adaptar-se a novos desafios.

2. Economia e Regulamentação

Este caminho de esforços internacionais para intencionalmente invocar os efeitos nefastos das emissões de gases de efeito de estufa, cooperando aqui o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas acerca da Mudança do Clima e a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, sobretudo, o objetivo 13 do referido Desenvolvimento Sustentável, são o demonstrativo de preocupações com o combate às mudanças climáticas e os efeitos que advêm destas.

Aparentemente, supor-se-ia, que o exercício destas organizações se bastaria como forma de cooperação, contudo a IMO vem de igual forma capacitar a retórica quanto ao nível justo de emissões no transporte marítimo internacional[7]. A proposta inicial para a

[7] Ver "Sulphur 2020" – disponível em http://sulphur2020.online/blog/?fbclid=IwAR2RSIfHw_-10XF7YysXBiLOJvLj4wevhgaJjzFd0cvBBowwFIHVQWcnMSM

diminuição destas emissões por parte dos navios foi perfilhada em abril de 2018 de curto, médio e médio prazo. Segundo esta, as emissões poluentes anuais com efeitos de estufa teriam que ser diminuídas na ordem dos 50% até 2050, comparativamente com 2008[8]. A efectiva concretização desta proposta vem promover o auxílio a países de desenvolvimento precário, e a utilização de instrumentos inovadores capazes de reduzir emissões entre 2023 e 2030.

O sentido restritivo de emissões nos transportes marítimos é sobretudo evidenciado na regulamentação da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, 1973/1978, e o objetivo desta, consiste, na obrigatoriedade de num futuro próximo haver um sistema de informações relativas ao consumo de combustível por navios com uma tonelagem igual ou superior a 5000 toneladas.

Esta obtenção de dados terá de realizar-se até ao prazo de 1.º de janeiro de 2019, alcançando-se um maior controle de emissões poluentes por via aérea provocada pelo trânsito de navios. O índice global de emissões permitido aos navios nunca poderá ascender aos 0,5% de enxofre no combustível, perspetivando-se que até 1 de janeiro de 2020 todas estas diretrizes consigam reproduzir benefícios e melhorias no meio ambiente.

2.1. IMO 2020 e ISO 8217: vantagens e desvantagens do sulphur fuel

Em julho de 2018, o grupo de trabalho da *International Organization for Standardization*[9] (ISO 8217) emitiu em reunião juntamente e de forma intersessional com o grupo de trabalho da IMO, uma decisão, na qual fez-se observar os limites de emissões dos navios em 0,50% de óleos que seriam totalmente capazes de serem categorizados dentro do padrão existente da ISO 8217.

A Especificação da PAS[10] (que está atualmente em preparação) fornecerá orientação quanto à aplicação da norma ISO 8217 relativamente a tal combustível, não obstante, nenhuma nova característica está a ser considerada para inclusão.

[8] Ver https://shipandbunker.com/news/world/279608-lng-bunkers-no-better-for-climate-than-conventional-marine-fuels-new-report-concludes?fbclid=IwAR3yASth1CmOXHOis_EE9p0gZjNWt_RTSGnYStdvYne9gCkalCBRfz7fx6k

[9] Ver "ISO 8217:2017 – what's new and why" – disponível em https://ibia.net/iso-82172017-whats-new-and-why/

[10] PAS é um documento consultivo, e o seu processo e formato de desenvolvimento são baseados no modelo Brtish Standard. Qualquer organização, associação ou grupo que tenha intenção de documentar as suas melhores práticas padronizadas acerca de uma temática especifica, tanto para o beneficio de sua indústria quanto para ajudar a promover os seus conhecimentos, pode encomendar um PAS, documento este sujeito ao processo de aceitação da BSI. Consultar em https://www.bsigroup.com/en-GB/about-bsi/media-centre/press-releases/2002/12/What-is-a-PAS/.

A declaração completa do grupo de trabalho ISO 8217 é a seguinte: Várias afirmações foram feitas de que a ISO 8217: 2017 não englobava o futuro max. de 0,50% de óleos combustíveis de origem marinha com enxofre e que potencialmente causariam sérios problemas de segurança.

A realidade entre estas afirmações pode ser ambígua, dado que podem gerar bastante ansiedade na indústria marítima.

Não obstante, o grupo de trabalho da ISO, embora respeitando a ansiedade gerada, propõe-se desmistificar todo este patamar pragmático e, assegurar à indústria que os requisitos gerais da ISO 8217: 2017, juntamente com as características incluídas nas tabelas 1 e 2 da ISO 8217 venham a permitir o exercício das limitações de emissões - 0,50% max. de combustíveis até 2020, da mesma forma como os combustíveis de hoje são vigiados, incluindo o máximo de 0,10% combustíveis com enxofre. Ou seja, a ISO 8217 não só reflete sobre os requisitos técnicos para as operações de maquinaria considerando os aspetos de segurança, meio ambiente, manuseio a bordo (armazenamento e limpeza) e combustão não apenas dos combustíveis atuais, mas também dos 0,50% máximos previstos, ou seja combustíveis com enxofre até 2020, independentemente do teor de enxofre do combustível.

De acordo com os requisitos da *International Maritime Organization*/Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS), a estabilidade e o fluxo a frio são características fundamentais que devem ser abordadas para todos os combustíveis fornecidos. Os limites destas características, conforme estabelecido na especificação do pedido pelo comprador, que deve fazer referência à especificação ISO 8217, quando não forem atendidos, podem de fato resultar em problemas operacionais com possíveis implicações de segurança no mais grave das situações.
Como verificamos, existe uma preocupação específica sobre as misturas de óleo combustível, tal como modelado pela CE Delft no estudo de disponibilidade de óleo combustível da IMO, contendo fundos H-oli e o potencial risco de obtenção de combustíveis instáveis se não forem adequadamente misturados. Tal como acontece com os combustíveis atuais, todos os combustíveis marítimos entregues aos navios devem ser estáveis e atender ao requisito de potencial de sedimentos totais de 0,10% no máximo/ ISO 8217, o que torna os critérios mais aceitáveis para a estabilidade do óleo combustível.

Por sua vez, as consequências da instabilidade do combustível, como o bloqueio do filtro e centrifugação, são bem conhecidas, explicando que os fornecedores de combustível devem observar cuidadosamente essas consequências, garantindo que estas características do

combustível não sejam negligenciadas e que o combustível seja entregue ao navio como um produto homogêneo e estável.

Além disso, esperando que as formulações de mistura de óleo combustível sejam amplamente distribuídas entre os segmentos, os navios terão, como fazem hoje, o risco de incompatibilidade ao usar combustíveis consecutivos de diferentes portos e regiões. A compatibilidade entre diferentes combustíveis não pode ser garantida pelos fornecedores recaindo a responsabilidade sobre a competência da tripulação para administrar tal situação de abastecimento.

Reconhecendo que a mistura de diferentes óleos combustíveis a bordo do navio deve ser evitado, muitos navios na atualidade já têm procedimentos para minimizar a mistura de combustível com a segregação de *bunker*, sendo sempre esta a primeira opção a avaliar.

O grupo de trabalho ISO 8217 iniciou assim o desenvolvimento de um PAS, "Considerações para fornecedores de combustível e usuários sobre a qualidade do combustível marinho com vista à implementação de 0,50% de enxofre máximo em 2020", em resposta ao pedido da IMO de considerar o quadro da ISO 8217, com o intuito de garantir a coerência entre as normas ISO aplicáveis aos fuelóleos navais e a aplicação de 0,50% de enxofre max. limite.

Com relação à estabilidade de óleos combustíveis, o grupo da ISO 8217 também iniciou um programa para investigar se os métodos de teste atualmente não utilizados podem ser alterados para testes de estabilidade de combustível marítimo, e se estes podem fornecer informações adicionais e consistentes acerca da estabilidade e instabilidade potencial de uma ampla gama de diferentes misturas de combustíveis-formulações (ou suas misturas) que estão previstas para representar o que estará disponível no mercado a partir do final de 2019.

O grupo de trabalho ISO 8217 também está a trabalhar com o CIMAC e contribuirá para a iniciativa do OCIMF e do IPICA no desenvolvimento de um documento de orientação para consciencializar e ajudar os operadores a lidar com o futuro a bordo de 0,50% S max, misturas de óleo combustível, considerando o seu impacto nos aspetos operacionais.

2.2. MARPOL e o Anexo VI- Avaliação da disponibilidade de óleo combustível

O Anexo VI da MARPOL exige que todos os navios utilizem combustíveis com um teor de enxofre de 0,50% m / m a partir de 1 de janeiro de 2020 (nas Áreas de Controle de Emissões, outros limites se aplicam). A data de implementação está sujeita a uma decisão das Partes do Anexo VI da MARPOL de que estes combustíveis estão suficientemente disponíveis.

Para informar esta decisão, a IMO encomendou o presente estudo, que visa avaliar a disponibilidade de óleo combustível com um teor de enxofre de 0.50% m/m ou até menos em 2020.

O estudo compreende três requisitos:

1. Primeiro, a exigibilidade dos combustíveis navais em 2020 foi estimada, com base no consumo de combustível dos navios em 2012, aumentos projetados na demanda de energia, o uso de opções alternativas de conformidade, como Sistemas de Limpeza de Gás Exaustivo e o uso de GNL/LGN.

O estudo desenvolveu três cenários, um caso base com crescimento da demanda de transporte, renovação da frota, captação de GNL e EGCS em linha com as projeções atuais; um caso alto com maior crescimento da demanda de transporte e renovação de frota e menor aceitação de EGCSs e LNG, levando a uma maior demanda por combustíveis compatíveis com petróleo; e um case baixo que é a imagem espelhada do case alto.
2. Em segundo lugar, um modelo de suprimento de refinaria foi desenvolvido e calibrado para a produção global de combustível em 2012. Este modelo foi posteriormente atualizado para 2020 levando em conta todas as expansões e encerramentos de refinaria que devem ser concluídos até meados de 2019.

3. Terceiro, o modelo foi usado para avaliar se o setor de refinaria global seria capaz de produzir os combustíveis marinhos em quantidades suficientes em 2020, enquanto e ao mesmo tempo atendia dinâmica de outros setores, e se a produção destes combustíveis seria economicamente viável[11]. Estes modelos foram baseados no cenário projetado para cada região, que é diferente de 2012.

O modelo foi executado de forma conservadora limitando a utilização da capacidade das unidades principais a 90% da capacidade, usando estimativas conservadoras das taxas de remoção de enxofre, ao mesmo tempo em que definia os conteúdos de enxofre dos combustíveis navais.

O principal resultado da avaliação é que, em todos os cenários, o sector de refinaria tem capacidade para fornecer quantidades suficientes de combustíveis navais com um teor de enxofre de 0,50% m / m ou menos e com um teor de enxofre de 0,10% m / m ou menos, atendendo à demanda por esses produtos, ao mesmo tempo em que atende a demanda por combustíveis não-marinhos.

[11] Ver, Kjus, Torbjorn, Tveter, Kenneth, "How The IMO is Not Making Shipping Great Again-Biggest cost increase since double hull", DNB Markets. Dezembro de 2016.

3. Conclusões finais:

Uma das melhores soluções para atender ao limite de enxofre em 2020 é mudar do óleo combustível pesado para o combustível com baixo teor de enxofre. Isso pode ter sérias implicações se os preparativos corretos não forem implementados antes do início do período de vigência, 1º de janeiro de 2020.

A menos que os tanques tenham sido limpos adequadamente e não haja uma fração do combustível pesado deixado nos mesmos, a mecânica da legislação e demais estudos, não poderá atender às suas especificações, pois haverá contaminação do novo combustível. Isso não só será caro, mas também tornará seus navios incompatíveis.

Em todo o caso, sendo o transporte marítimo uma indústria muito globalizada e conservadora, a mudança dos combustíveis poderá ser um percurso com uma certa demora na sua aceitação, dependendo de um considerável conjunto de fatores.

Alguns dos seus fatores a atender, poderão ser[12]:

Disponibilidade de novos combustíveis, em quantidade e qualidade dentro das rotas da área geográfica de uma operação de frotas, mas também a tecnologia necessária para usar esses novos combustíveis, além dos regulamentos ambientais locais, treinamento de tripulação para lidar com tais combustíveis, converter a frota existente através de *retrofits* (processo de modernização de algum equipamento já considerado ultrapassado ou fora de norma), tipo e idade da embarcação, entre outros.

Utilização de motores diesel, os quais são bastante flexíveis em termos de combustíveis que podem ser usados, em particular no modo de combustível duplo, o qual permite a sua operação tipicamente com misturas de 100% a 3% de diesel com 0% a 97% de gás combustível ou diesel e álcool (metanol) ou etanol). Estes tipos de motores possibilitam a liberdade de gestão das percentagens de mistura, em função dos preços e disponibilidade dos combustíveis gasosos. Objetivamente, motores a diesel que precisam ser atualizados e redesenhados para lidar com os próximos combustíveis, incluindo o hidrogénio;

Motores a gás também dedicados a estas exigências, são outra alternativa, apesar de tornar o armador dependente de um preço de mercado para a disponibilidade do gás e respetiva demanda.

Em suma, para fazer um novo combustível funcionar, há vários critérios que precisam ser cumpridos.

[12] Moirangthem, Kamaljit, em JCR TECHNICAL REPORTS – Alternative Fuels for Marine and Inland Waterways, European Union 2016. Disponivel em: https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/alternative-fuels-marine-and-inland-waterways-exploratory-study. Acesso em 30 out. 2018.

4. Referências bibliográficas

Act To Prevent Pollution From Ships (APPS) Enforcement Case Resolutions. Disponível em https://www.epa.gov/enforcement/act-prevent-pollution-ships-apps-enforcement-case-resolutions. Acesso em: 30 out. 2018.

IMO. **Nitrogen Oxides (NOx)** – Regulation 13. International Maritime Organization. 1 July 2008. Disponível em:< http://www.imo.org/en/OurWork/environment/pollutionprevention/airpollution/pages/nitrogen-oxides-(nox)-%E2%80%93-regulation-13.aspx >. Acesso em: 30 out. 2018.

JALLAL, Craig. **ExxonMobil's low sulphur compliant fuels will be residual grades**. Marine Fuels Venture Manager, Qui 04 out 2018. Disponível em:< https://www.containerst.com/news/view,exxonmobils-low-sulphur-compliant-fuels-will-be-residual-grades_54434.htm . Acesso em: 10 out. 2018.

IMO. Air Pollution, Energy Efficiency and Greenhouse Gas Emissions. International Maritime Organization. 2018. Disponível em:< http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/PollutionPrevention/AirPollution/Pages/Default.aspx >. Acesso em: 30 out. 2018

IMO. **Prevention of Air Pollution from Ships:** MEPC.176(58) - Regulation 14. Amendments to the Annex of the Protocol of 1997 to amend the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (Revised MARPOL Annex VI); Sulphur oxides (Sox). International Maritime Organization. 1 July 2010. Disponível em:< http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/PollutionPrevention/AirPollution/Pages/Air-Pollution.aspx >. Acesso em 30 out. 2018.

Luca Volta, Marine Fuels Venture Manager, ExxonMobil, em https://www.containerst.com/news/view,exxonmobils-low-sulphur-compliant-fuels-will-be-residual-grades_54434.htm. Acesso realizado em 30 out. 2018.

Moirangthem, Kamaljit, em JCR TECHNICAL REPORTS – Alternative Fuels for Marine and Inland Waterways, European Union 2016. Disponivel em: https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/alternative-fuels-marine-and-inland-waterways-exploratory-study. Acesso em 30 out. 2018.

SEA ASIA. **2020 Sulphur Cap:** Is the industry ready for the long run? A Sea Asia 2019 industry insights report. 2018. Disponível em:<https://ubm.seatrademaritimeevents.com/sea-asia-2020-sulphur-report-1/>. Acesso em: 30 out. 2018.

Desenvolvimento sustentável global: "smart cities" e a utilização das novas tecnologias como vetor de cidades sustentáveis

Carolina Merida[1]

Murilo Couto Lacerda[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância das cidades no desenvolvimento sustentável global. 3. Sustentabilidade urbana no Brasil. 4. "Smart cities" e o uso das tecnologias na consecução de cidades sustentáveis. 5. Principais desafios à implantação das novas tecnologias nas cidades. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, a maioria da população mundial vive nas cidades e as projeções apontam para uma tendência de aumento da população urbana nas próximas décadas. Estima-se que dois terços da população mundial viverão em meio urbano até 2030.

Ocorre que a intensificação do processo de urbanização resultante da Revolução Industrial e da onda desenvolvimentista global, para além de resultar em crescimento econômico intenso, causou inúmeras distorções de ordem social, territorial e ambiental nas cidades. Tal prognóstico sugere a urgência do debate e implementação de estratégias criativas dirigidas ao desenvolvimento sustentável das cidades em todo o mundo.

Com efeito, um dos maiores desafios do planeta urbano, globalizado e digital do século XXI é assegurar o desenvolvimento ordenado e sustentável das cidades, "elementos-chave para o desenvolvimento sustentável global" (LEITE, 2012, p. 133).

Para fazer frente a este desafio, diversas cidades ao redor do mundo[3] têm investido no uso das novas tecnologias, a exemplo da internet das coisas (IoT), para fins de planejamento e implementação de programas de sustentabilidade urbana, almejando elevar a

[1] Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professora adjunta na Universidade de Rio Verde. Procuradora do Município de Rio Verde. r

[2] Doutorando em Direito pela UNICEUB e pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professor adjunto na Universidade de Rio Verde. Advogado.

[3] A exemplo da cidade de São Francisco, nos Estados Unidos; de Melbourne, na Austrália; Surrey, na Inglaterra; de Viena, na Áustria; e as novas cidades de Dongtan, na China; e Masdar, nos Emirados Árabes; as duas últimas desenvolvidas a partir da concepção de "smart cities". No Brasil, Curitiba e Barueri são algumas das cidades que aparecem nos rankings internacionais das cidades inteligentes.

qualidade de vida da população por meio de programas, aplicativos e estratégias que permitam a gestão integrada de serviços públicos, a melhoria da mobilidade urbana, maior eficiência energética[4], segurança pública e saneamento apropriados, uso adequado e reaproveitamento de recursos, entre outros.

Alinhadas com as aspirações e tendências do século XXI, as "smart cities" são cidades que conjugam as novas tecnologias ao planejamento e à gestão urbana. De acordo com a Comissão Europeia (2011), o conceito de "s*mart city" está estreitamente relacionado ao de sustentabilidade, uma vez que, por meio da implantação de tecnologias inovadoras ao planejamento urbano (infraestrutura, serviços de informação e comunicação), busca-se equacionar as necessidades sociais, econômicas e ambientais da população. As cidades inteligentes, desse modo, pressupõem a integração de esforços humanos, coletivos e artificiais/tecnológicos. Destarte, as cidades inteligentes consolidaram-se como elemento de alta relevância no debate* global sobre o desenvolvimento sustentável.

Diante desse cenário de intensas transformações nos centros urbanos, o presente estudo propõe uma reflexão sobre a importância do debate relativo a soluções sustentáveis para enfrentar os desafios de planejamento e gestão urbanos do século XXI, atribuindo destaque às "smart cities" e ao uso das novas tecnologias como forma de construção de cidades globais sustentáveis.

Para tanto, utilizou-se de uma abordagem qualitativa e descritiva, de caráter exploratório, baseando-se nos métodos de pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise de textos de declarações e documentos internacionais que estabelecem diretrizes para consecução de cidades sustentáveis, assim como da legislação brasileira em matéria urbanística e de proteção de dados.

2. A IMPORTÂNCIA DAS CIDADES NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL GLOBAL

As cidades são o palco onde se materializa a atividade urbanística e a vida social coletiva no século XXI. Ocorre que, em razão de equívocos oriundos da falta de planejamento adequado e gestão permanentes, enormes desafios são impostos às administrações públicas atuais, uma vez que a imensa maioria das cidades globais são

[4] Consoante alerta Leite (2012, p. 174): "Os avanços tecnológicos na busca por uma matriz energética sustentável são incessantes. Uma das maiores promessas é a chamada Super-rede: construção de sistemas inteligentes unificados de proporções continentais que irão reduzir significativamente as emissões desnecessárias de poluentes responsáveis pelo aquecimento global causadas pela ineficiência na transmissão, distribuição e no armazenamento de energia."

desprovidas de infraestrutura básica, serviços e equipamentos públicos necessários ao bem-estar da população.

Notadamente sobre os projetos de cidades desenvolvidos nos países da América Latina e, em especial no Brasil, Rech e Rech (2010, p. 25) chamam atenção para o fato de que, malgrado a construção dos centros urbanos não tenha prescindido totalmente da ausência um projeto urbanístico: "sempre foi um projeto sem planejamento jurídico com normas cogentes de direito público", tratando-se de uma "cópia de um modelo clássico, construído por particulares, sem a intervenção do Estado" com o propósito de atender aos anseios da classe dominante.

Na construção das cidades sequer cogitava-se a inserção de locais onde trabalhadores pudessem habitar ou recrear-se; esse público era marginalizado, excluído e por vezes considerado indigno das cidades (RECH; RECH, 2010).

Paradoxalmente, as urbes, pensadas para trazer conforto e abrigar a humanidade, "caracterizam-se como o maior agente destruidor do ecossistema e a maior ameaça para a sobrevivência da humanidade no planeta" (ROGERS; GUMUCHDJIAN, 2015, p. 4).

Nessa senda, Rogers e Gumuchdjian (2015, p. 13) salientam que, muito embora a "sobrevivência da sociedade" tenha sempre dependido da proporcionalidade entre população, recursos naturais e meio ambiente, "somos os primeiros a construir uma civilização global" e, portanto, pioneiros na necessidade de, por meio de políticas e ações locais, enfrentarmos problemas que afetam a sociedade como um todo.

Destarte, consoante alerta Beck (2018, p. 16), o atual estágio da vida em sociedade "produz horizontes normativos de bens comuns e nos impele para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita". Posto de outro modo, as questões ordinariamente pensadas e reguladas a partir de uma perspectiva interna, como a gestão dos recursos naturais e o planejamento e gestão das cidades, passam a impor tratamento a partir da perspectiva da humanidade.

Isto implica que, não apenas os Estados-nação, mas também organizações internacionais governamentais e não-governamentais (e a sociedade civil em geral), passem a estabelecer diretrizes para o planejamento do desenvolvimento e da gestão das cidades, como é o caso da UN-Habitat, que recomenda que os modelos de cidade devem ser pensados no sentido de promover o equilíbrio entre as principais funções urbanas, assim consideradas: produtividade, infraestrutura, qualidade de vida, equidade e inclusão social e sustentabilidade ambiental (UN-Habitat, 2012, p. 11).

De acordo com dados do Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos[5], muito embora as cidades ocupem apenas 2% do total de terras do Planeta, elas são responsáveis por mais de 70% do Produto Interno Bruto Mundial, assim como por cerca de 70% das emissões de Gases de Efeito Estuda e por mais de 70% dos resíduos gerados.

Por essa razão, a sustentabilidade urbana é tema discutido globalmente por ambientalistas, urbanistas e governos que se dedicam a planejar as cidades. No Brasil, o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), ao prever expressamente a diretriz da sustentabilidade[6], adequou-se aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas, em especial ao objetivo número 11 "**Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis"** (ONU, 2015).

A esse respeito, cumpre enumerar algumas das metas que determinam o conteúdo do ODS 11, a saber: garantir acesso à habitação segura, com preço adequado e a serviços básicos, urbanizar favelas, permitir acesso a transportes seguros e sustentáveis, aumentar o planejamento e capacidade de gestão de cidades, proteger patrimônio cultural e natural do mundo; reduzir o significativamente número de mortes por catástrofes e as perdas econômicas com elas relacionadas; reduzir o impacto ambiental negativo das cidades (ONU, 2015).

3. SUSTENTABILIDADE URBANA NO BRASIL

No Brasil, as normativas ambiental e urbanística adquiriram envergadura a partir da edição da Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981) e da promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 225 (*caput)* estabeleceu que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado a todos.

No tocante especificamente à política urbana, faz-se mister consignar que a Lei Fundamental Brasileira reservou a esta capítulo próprio (Capítulo II do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira), composto pelos artigos 182 e 183[7], atribuindo ao Poder Público Municipal a responsabilidade pelo planejamento e pela execução da política de desenvolvimento urbano no País, segundo diretrizes gerais que seriam estipuladas pela União, com a finalidade de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes" (BRASIL, 1988).

[5] Disponível em: www.unhabitat.org. Acesso em: 10 out 2017.
[6] Artigo 2º, inciso I da Lei Federal no 10.257/2001.
[7] Os quais devem ser interpretados à luz de princípios que norteiam a Ordem Econômica, tais como a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente.

Contudo, os artigos 182 e 183 da Constituição Brasileira vieram a ser regulamentados somente no ano de 2001, com o advento do Estatuto da Cidade, cujo objetivo é o estabelecimento de "normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como o *equilíbrio ambiental*"[8].

Portanto, pode-se afirmar que o urbanismo também deve se preocupar com a preservação do meio ambiente, para que se assegurem condições de vida sustentável nas cidades. Nesse sentido, conforme asseveram Medauar e Menezes de Almeida (2002, p. 16):

> A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se fortemente intrincadas e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como instrumento da política ambiental. A implantação de uma política urbana hoje não pode ignorar a questão ambiental, sobretudo nas cidades de grande porte, onde adquirem maior dimensão os problemas relativos ao meio ambiente, como por exemplo: a poluição do ar, da água, sonora e visual; lixo; ausência de áreas verdes.

De acordo com Leite (2012, p. 135), a cidade sustentável "deve operar segundo um modelo de desenvolvimento urbano que procure balancear, de forma eficiente, os recursos necessários ao seu funcionamento, seja nos insumos de entrada (terra urbana e recursos naturais [...]), seja nas fontes de saída (resíduos, esgoto, poluição, etc.)".

Em outras palavras, o autor elucida que "todos os recursos devem ser utilizados da forma mais eficiente possível para alcançar os objetivos da sociedade urbana", apontando como solução a implementação de cidades inteligentes (LEITE, 2012, p. 135).

Já na concepção de Rech e Rech, as cidades sustentáveis são aquelas que estabelecem uma relação mais ética e inteligente com a natureza, alegando ser, desse modo, "possível evitar os prejuízos decorrentes das ocupações ambientalmente insustentáveis, urbanisticamente especulativas e transformar a sustentabilidade em qualidade de vida e ganhos duradouros e permanentes" (2016, p. 79-80).

Assim, a construção de cidades sustentáveis no atual contexto globalizado e socioambiental, altamente complexo e integrado, requer a utilização ética e criativa de

[8] Artigo 1o, parágrafo único da Lei Federal nº 10.257/2001.

instrumentos de política urbana aliados à aplicação das novas tecnologias nas cidades, além de uma adequada governança, conforme já mencionado.

4. "SMART CITIES" E O USO DAS TECNOLOGIAS DIGITAIS NA CONSECUÇÃO DE CIDADES SUSTENTÁVEIS

Segundo Leite (2012, p. 133-134), as cidades sustentáveis ao redor do mundo podem ser divididas em dois grupos, considerando as estratégias utilizadas para a implantação de programas de sustentabilidade urbana:

> No primeiro grupo, os executores têm foco em aspectos sociais para promoção da sustentabilidade urbana, como governança local, mudanças de comportamento e atitudes, revisão dos objetivos de planejamento do uso do solo, entre outros.
>
> [...]
>
> O segundo grupo tem foco em alta tecnologia – alinhado com o conceito de *smart sustainable city*. Nele são usados equipamentos e sistemas modernos para que a cidade, especialmente os setores de energia, mobilidade e gestão de resíduos, possa alcançar altos índices de desempenho em aspectos como emissões de gases de efeito estufa e destinação de resíduos.

Ambos os modelos de cidades sustentáveis mencionados têm por finalidade permitir o desenvolvimento sustentável global, na medida em que, como já visto, a maioria da população mundial vive em centros urbanos, sendo certo que o elevado custo de implementação das cidades altamente tecnológicas não é uma realidade acessível a todos os centros urbanos.

Na concepção de Komninos (2008, p. 1) as cidades inteligentes ou "smart cities" são resultantes da fusão "de sistemas locais de inovação que funcionam no seio das próprias cidades (bairros tecnológicos, parques tecnológicos, pólos de inovação, conjuntos focalizados de atividades - "clusters"), dotados de redes digitais e de aplicações da sociedade da informação."

Entendemos, porém, que uma cidade inteligente é mais do que isso. Nas "smart cities", as novas tecnologias incorporadas ao planejamento e à gestão urbana não consistem na implantação de um sistema integrado que se encerra em si mesmo. Em verdade, a incorporação das novas tecnologias na gestão das cidades é um mecanismo complexo, por

meio do qual os serviços públicos são prestados e as informações são compartilhadas com a população, normalmente em tempo real.

Em outras palavras, cidade inteligente é aquela que utiliza o potencial da tecnologia e a inovação, em conjunto com outros recursos para torná-los mais eficazes, o que requer, além de políticas públicas implementadas pelo Estado, a participação da iniciativa privada e das organizações não-governamentais. Isto porque, é papel de todos colaborar ativamente para que as cidades do planeta sejam sustentáveis e acessíveis às novas gerações.

Rogers e Gumuchdjian (2015, p. 21) reforçam a ideia de que é fundamental "buscar de forma mais concreta o desenvolvimento da tecnologia e as inovações que protejam nossa ecologia e humanizem nossas cidades".

As novas tecnologias, tais como, a internet das coisas (IoT), o *big data*, a inteligência artificial e os aplicativos móveis, podem contribuir decisivamente para a melhoria da eficiência das cidades e da qualidade de vida de seus moradores, propiciando diversos benefícios, dentre os quais, destacam-se: a melhora do meio ambiente; a redução de custos aos cidadãos; a otimização dos serviços públicos; maior transparência na gestão das administrações; e a atração de investimentos. empresas e talentos para a região.

Segundo elucida Leite (2012, p. 172):

> As cidades inteligentes atuarão como um sistema de redes inteligentes conectadas. É natural que as contínuas inovações em tecnologia da informação e comunicação propiciem inúmeras revoluções urbanas. Empresas como a IBM (*Smarter Cities*), Cisco (*Connected Urban Development*), Siemens e outras já estão desenvolvendo programas e os ofertando às cidades.

De acordo com estudo realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES, 2017a), as áreas de mobilidade urbana[9], segurança pública, eficiência enérgica e saneamento estão entre as aplicações tecnológicas com maior impacto nas cidades brasileiras.

5. PRINCIPAIS DESAFIOS À IMPLANTAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NAS CIDADES

Nesse contexto de inovações tecnológicas, o papel do direito ganha destaque para além da prevenção de riscos, do controle e da regulação das inovações. É necessário que o

[9] Como, por exemplo, veículos elétricos inteligentes; soluções inteligentes de gerenciamento de frotas; bicicletas, patinetes e carros compartilhados sob demanda; controle semafórico sincronizado/inteligente; entre outros.

direito, sobretudo, conduza as inovações para uma direção que conforme os anseios sociais (HOFFMANN-RIEM, 2015, p. 11-32), ao mesmo tempo em que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Schwab e Davis (2018, p. 48) alertam para o fato de estarmos na fase inicial de um novo capítulo do desenvolvimento humano, com a crescente disponibilidade e interação de tecnologias, ao que chamaram de Quarta Revolução Industrial, o que, segundo eles, "oferece à humanidade a oportunidade e a responsabilidade de moldar não só o design das novas tecnologias, mas também formas mais ágeis de governança e valores positivos que fundamentalmente mudarão o modo como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos".

Desse modo, destacam que os três maiores desafios impostos pela Quarta Revolução Industrial são: (i) a necessidade de assegurarmos que os benefícios oriundos das novas tecnologias sejam aplicados de forma justa; (ii) o gerenciamento adequado dos possíveis riscos e danos dela resultantes; e (iii) a implementação das novas tecnologias deve ser liderada por humanos e centrada na humanidade (SCHWAB; DAVIS, 2018).

Destarte, muitos autores[10] alertam sobre aspectos relativos à inovação que podem ensejar a ampliação das desigualdades sociais, tais como o elevado custo de acesso às novas tecnologias, a falta de acesso a uma conexão de qualidade à internet e o analfabetismo digital. Consoante Enrique V. Iglesias, ex-presidente do Banco Interamericano de Desenvolvimento (1988-2005), "não basta ter Cidades Inteligentes; cidadãos inteligentes também são necessários" (BID, 2016, p. 6).

No Brasil, são inúmeros os desafios regulatórios relacionados ao uso das tecnologias da informação e ao desenvolvimento do ecossistema de internet das coisas (IoT), desde aspectos ambientais até questões de natureza fiscal.

Levantamento realizado por intermédio de parceria estabelecida entre o governo brasileiro e Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) detectou como principais desafios à adoção da tecnologia de IoT nas cidades brasileiras: a necessidade de modernização da administração pública; o alto custo de implantação de inovações; a baixa qualidade da mão-de-obra disponível no país; a melhoria da infraestrutura de conectividade; a necessidade de integração do planejamento e dos sistemas; a burocracia exigida pela legislação de compras e licitações públicas, entre outros (BNDES, 2017a, p. 9-10).

Contudo, em que pesem as barreiras mapeadas pelo estudo em questão, o próprio plano de ação para implementação da tecnologia de IoT no Brasil propõe iniciativas para

[10] A exemplo de LEITE (2012), CASTELLS (2016), CURY e MARQUES (2017), SCHWAB e DAVIS (2018).

enfrentar os obstáculos e tornar as cidades brasileiras mais eficientes e sustentáveis a partir da implantação de soluções de IoT no ambiente urbano, tais como: controle de tráfego centralizado e adaptável (temporização automática de semáforos com base nas condições do trânsito); monitoramento de crimes por sensores; medidores inteligentes para gestão da demanda energética (iluminação pública inteligente); instalação de lixeiras inteligentes; instalação de sensores de pressão hídrica na rede de água, voltados à identificação de fontes de vazamento, entre outros (BNDES, 2017b, p. 51-68; BNDES, 2018b, p. 10).

Sob outro enfoque, para que o uso das novas tecnologias se dissemine nas cidades de todo o mundo, e nas brasileiras em especial, há que se definir um modelo de governança[11] orientado para a transparência, que seja democrático, eficiente e adequado ao contexto nacional, na qual o poder público atue como incentivador da inovação, coordenando as ações dos diversos atores envolvidos no processo (empresas, *startups*, universidades, agências de inovação) e alavancando mecanismos pré-existentes, a exemplo de programas de fomento, parcerias entre setor privado e academia, entre outros.

Ademais, faz-se mister refletir sobre a privacidade e a proteção de dados pessoais no ecossistema de *IoT*. Tal fato porque, "com a proliferação de novos dispositivos conectados à internet capazes de armazenar, coletar e tratar uma significativa quantidade de dados, tem sido recorrente a discussão sobre os usos legítimos dos dados e sobre as vulnerabilidades das bases de dados" (BNDES, 2018a).

Diante desse cenário, um dos principais obstáculos a serem suplantados pelos países para a implementação e disseminação das novas tecnologias nas cidades diz respeito a existência de um marco legal sobre proteção de dados pessoais que lide com a complexidade e as nuances do hodierno contexto tecnológico, capaz de trazer segurança jurídica à sociedade digital.

No Brasil, muito embora tenha sido recentemente aprovada a Lei Federal 13.709/2018, que criou um marco legal para a proteção de dados pessoais, visando assegurar maior transparência na coleta, no processamento e no compartilhamento dos dados dos indivíduos, inclusive em meio digital, sua aplicação e interpretação pelos órgãos administrativos e judiciais ainda suscita dúvidas, haja vista que a citada lei entrará em vigor somente em 2020.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

[11] No contexto de implantação da IoT, a governança pode ser traduzida como "o conjunto de estruturas e instituições relacionadas ao desenvolvimento de IoT no Brasil e os atores relevantes responsáveis pela coordenação de temas de IoT" (BNDES, 2018a, p. 24).

Consoante constatado ao longo da pesquisa, um dos maiores desafios do século XXI é assegurar o desenvolvimento ordenado e sustentável das cidades, essencial para o desenvolvimento sustentável global.

As cidades sustentáveis pressupõem planejamento e uma gestão urbana que harmonizem as necessidades humanas e o respeito à natureza, podendo ser alcançadas tanto com foco na mudança de comportamentos, nos aspectos sociais e na melhoria na governança, como através de investimento na implantação de alta tecnologia, por meio da instalação de sistemas modernos e integrados de gestão da cidade, neste último caso alinhando-se ao conceito de cidade inteligente (ou "smart city").

A implantação das novas tecnologias ao planejamento e gestão urbanos por meio de políticas públicas adequadas sugere a melhoria da qualidade de vida da população, da mobilidade urbana e do saneamento; a redução da violência urbana; a otimização do uso dos recursos naturais e energéticos e uma gestão mais apropriada dos resíduos produzidos nas cidades. Em outras palavras, os ganhos de eficiência na gestão pública e no planejamento urbano propiciados por cidades inteligentes conduzirão a cidades sustentáveis.

Todavia, para fazer frente aos desafios impostos pelo hodierno modo de vida da sociedade e alcançar-se o desenvolvimento sustentável global, há que se superar as dimensões tradicionais da Política e do Direito, sedimentadas na dicotomia público e privado, por meio de estruturas multifacetadas consolidadas na boa governança, cujo pressuposto é a ampla participação dos diversos atores governamentais e não-governamentais, tanto em escala global, como regional e local.

Ademais, verificou-se a existência de inúmeros desafios relacionados ao desenvolvimento e implantação da internet das coisas e de outras tecnologias digitais nas cidades, tais como a necessidade de se assegurar a justiça distributiva dos benefícios oriundos das novas tecnologias, evitando-se a ampliação das desigualdades regionais e globais; o gerenciamento adequado dos possíveis riscos e danos dela resultantes; e a implementação das novas tecnologias liderada e centrada na humanidade

Por fim, constatou-se que, no Brasil, os desafios da utilização das novas tecnologias no planejamento e na gestão urbana vão desde aspectos ambientais e tributários, até debates de maior importância conjuntural, como as necessidades de revisão da regulação do setor de telecomunicações, de prevenção de riscos sistêmicos de ataques externos e de vulnerabilidades dos dispositivos conectados à internet (questões de segurança da informação que ultrapassam as fronteiras do país), e de aplicação do novo marco legal para

assegurar a privacidade e a proteção dos dados processados por meio das novas tecnologias no país.

7. REFERÊNCIAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (BID). **Caminho para as *smart cities***: da gestão tradicional para a cidade inteligente, 2016. Disponível em: < https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7743/Caminho-para-as-smart-cities-Da-gestao-tradicional-para-a-cidade-inteligente.pdf >. Acesso em: 28 abr. 2018.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório do Plano de Ação:** capítulo regulatório. Novembro de 2017a. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/f9582d36-4355-4638-b931-e2e53af5e456/8B-relatorio-final-plano-de-acao-produto-ambiente-regulatorio.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m7tyLs1>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório de Aprofundamento de Verticais - Cidades**. Novembro de 2017b. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/776017fa-7c4a-43db-908f-c054639f1b88/relatorio-aprofundamento+das+verticais-cidades-produto-7A.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3rPg5Q. Acesso em: 15 mar. 2018.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Relatório Final do Estudo**. Janeiro de 2018a. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/d22e7598-55f5-4ed5-b9e5-543d1e5c6dec/produto-9A-relatorio-final-estudo-de-iot.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m5WVIld>. Acesso em: 18 de mar. de 2018.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO (BNDES). **Cartilha de Cidades**. Janeiro de 2018b. Disponível em: < https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/db27849e-dd37-4fbd-9046-6fda14b53ad0/produto-13-cartilha-das-cidades-publicada.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m7tz8bf >. Acesso em: 18 de mar. de 2018.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 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 outras providências**. Brasília, DF: Senado Federal, 2001.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venancio Majer. 17 ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Cities of Tomorrow 2011. Disponível em:< http://ec.europa.eu/regional_policy/pt/information/publications/reports/2011/cities-of-tomorrow-challenges-visions-ways-forward>. Acesso em: 02 abr. 2018

CURY, M. J. F.; MARQUES, J. A. L. F. A cidade inteligente: uma reterritorialização. In: **Redes** - Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz, v. 22, n. 1, janeiro-abril, 2017. p. 102-117.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, COELHO, Alexnadre Zavaglia P. **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11-32.

KOMNINOS, N. **Cidades inteligentes – Sistemas de inovação e tecnologias da informação ao serviço do desenvolvimento das cidades**. 2008. Disponível em: <http://urenio.org/wp-content/uploads/208/11/cidades-inteligentes.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2018.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes**: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 4 ago. 2017.

RECH, A. U.; RECH, A. **Direito urbanístico**: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010.

RECH, A. U.; RECH, A. **Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental**: instrumentos de planejamento. Caxias do Sul: Educs, 2016.

ROGERS, R; GUMUCHDJIAN, P. **Cidades para um pequeno planeta**. Tradução Anita Regina Di Marco. 1. Ed. São Paulo: Gustavo Gili, 2015.

SCHWAB, K; DAVIS, N. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018.

UN-Habitat. **State of the World's Cities 2012/2013 - Prosperity of Cities, 2012**. Disponível em: <http://mirror.unhabitat.org/pmss/listItemDetails.aspx?publicationID=3387>. Acesso em: 24 abr. 2018.

A União Económica e Monetária e o Tribunal de Justiça da União Europeia

Arthur Alves Ignácio[1]

Sumário: **Introdução. 1.** A União Económica e Monetária: Evolução, noções fundamentais e natureza jurídica. **2.** O Tribunal de Justiça da União Europeia**. 3.** Aspectos da União Económica e Monetária à luz da jurisprudência do TJUE. **3.1.** Relações de Cooperação entre as instituições no âmbito do Pacto de Estabilidade e Crescimento. **3.2.** Revisão Simplificada do TFUE e Políticas Económicas: o Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade. **3.3**. Poderes do banco Central Europeu, Sistema Europeu de Bancos Centrais e Políticas Monetárias. **Considerações Finais**.

Introdução

A União Económica e Monetária, fruto do objetivo primordial da origem da União Europeia: a integração económica[2], tem um papel fundamental na UE em termos de servir de base para a concretização dos objetivos essenciais[3] e, hoje, gerais desta[4].

Considerando os dizeres dos Tratados fundadores da União Europeia[5], afirmamos, com uma interpretação por ora literal que a fim de promover a paz, os seus valores e o bem-estar, de proporcionar aos cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça desprovido de fronteiras internas, de estabelecer um mercado interno empenhado no desenvolvimento sustentável do continente, de combater a exclusão social e as discriminações, promover a

[1] Licenciado e Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Sócio-Fundador do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos

[2] Feio, Diogo Nuno de Gouveia Torres, "Tese de doutoramento: Uma História Interminável Entre a União Europeia e a União Económica e Monetária: o Governo, o Orçamento, e os Impostos", Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, p. 26: "De facto, a CECA, a EURATOM e a CEE têm nas suas origens a necessidade de prosperidade económica e de reconstrução da Europa, destruída pela Segunda Guerra Mundial, mediante a gestão em comum dos recursos e matérias-primas que haviam sido objeto de disputas seculares. Para além de, no plano político, ser evidente que a prosperidade económica é a base da paz, são óbvias as relações entre as necessidades da economia europeia e as suas soluções jurídico-políticas".

[3] Idem, p. 27: "A história da União Europeia demonstra que a vertente económica tem estado na génese de transformações políticas e institucionais profundas (...)".

[4] Craig, Paul e de Búrca, Gráinne, "*EU LAW – Text, Cases and Materials*", Oxford University Press, *Sixth Edition*, Oxford, 2015, p. 5 - 6

[5] Quadros, Fausto de, "Direito da União Europeia", Almedina, 2015, p. 90

coesão económica, social e territorial, dentre outros objetivos, a União "estabelece uma união económica e monetária (...)[6]", que consiste numa política económica "(...) baseada na estreita coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência."[7]

A Governação desta União Económica e Monetária é feita a partir da ação convergente e integrativa das instituições da UE, tendo, em alguns momentos, uma ou outra um certo protagonismo[8].

Não sendo diferente de outras áreas cobertas pela atuação da União Europeia, e como ocorre em diversos Estados relativamente a seu ordenamento jurídico, podem surgir problemas face a ambiguidades, obscuridades, interpretações possíveis e outros inconvenientes emergentes da letra fria dos Tratados.

É aí que entra a atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, o "guardião dos Tratados", instituição responsável, segundo o *design* orgânico do Tratado da União Europeia, para interpretar e aplicar os Tratados[9].

O objetivo deste trabalho consiste em contribuir para o preenchimento de uma lacuna existente na literatura jurídica, ao menos de língua portuguesa, quanto à descrição e crítica da atuação do TJUE ao enfrentar questões relacionadas à União Económica e Monetária.

A partir de um método essencialmente discursivo e parcialmente empírico, propõe-se uma análise crítica das próprias decisões do Tribunal e do cabedal normativo existente referente aos temas centrais do presente trabalho

Podemos concluir, passadas estas questões introdutórias, que o que buscamos com este estudo é responder as seguintes questões: a) Quais os contributos do Tribunal para o funcionamento da UEM?; b) Como são julgados os conjuntos de normas e os mecanismos que compõem a UEM? e; c) Pode-se dizer que o Tribunal tem tido uma postura "ativista" neste tema"?

[6] Art 3º do Tratado da União Europeia
[7] Art. 119º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
[8] Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária
[9] Art. 19º, TUE

1. A União Económica e Monetária: Evolução, noções fundamentais e natureza jurídica

A União Económica e Monetária representa um grande passo na integração das economias europeias[10]. A decisão acerca desta convergência de políticas económicas e monetárias, que viriam a ter grande impacto na Governação das Finanças Públicas da União, foi tomada em Maastricht, em 1991[11], sendo posteriormente incluída no Tratado da União Europeia[12].

Os objetivos que nortearam a decisão tomada no Tratado de Maastricht e que continuam a guiar a Governança económica da União Europeia giram em torno da estabilidade e crescimento económicos e da empregabilidade[13].

Quanto a estes objetivos, lemos na exposição de motivos do Tratado da União Europeia: "Resolvidos a conseguir o reforço e a convergência das suas economias e a instituir uma União Económica e Monetária, incluindo nos termos das disposições do presente Tratado e do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia".

Nesta linha, diz o preâmbulo do Tratado sobre Estabilidade, Cooperação e Governação na União Económica e Monetária: "Conscientes da sua obrigação, enquanto Estados-Membros da União Europeia, de considerarem as suas políticas económicas uma questão de interesse comum, desejosas de promover condições favoráveis a um crescimento económico mais forte na União Europeia e de desenvolver para o efeito uma coordenação cada vez mais estreita das políticas económicas da Zona Euro (...)".

Assim, a União Económica e Monetária pode ser conceituada como um projeto que busca estruturar, através da coordenação e convergência de políticas económicas, um sistema de crescimento económico forte e a estabilidade económica e financeira da UE e de seus Estados-Membros.

Através de uma arquitetura de harmonização de políticas económicas, a UEM busca, dentre outros objetivos, incentivar políticas económicas compatíveis e coordenadas, a fim de, pragmaticamente, poder fazer frente às grandes potências económicas globais atuais.

---

[10] Neste sentido: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/economic-and-monetary-union_pt , último acesso em 01 de fevereiro de 2018

[11] Cabe acentuar que a integração económica iniciou**, verdadeiramente, em 1957**, com os primeiros Tratados que originariam a União Europeia, sendo, assim, o seu berço. A efetiva União Económica e Monetária levaria, segundo a Comissão Europeia, a UE um passo à frente quanto a esta agregação.

[12] Art. 3º, n.º 4, Tratado da União Europeia e Art. 119º, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

[13] De forma mais completa acerca da Integração económica ver: Craig, Paul e de Búrca, Gráinne, "*EU LAW – Text, Cases and Materials*", Oxford University Press, *Sixth Edition*, Oxford, 2015, p.607 e segs.

Resumidamente, quanto à sua evolução, destacam-se três fases. Em primeiro lugar, a ocorrida entre 1990 e 1993, com a instituição da livre circulação de capitais entre os Estados-Membros, o reforço da coordenação das políticas económicas e a intensificação da cooperação entre os Bancos Centrais. Em seguida, o período entre 1994 e 1998, com a convergência das políticas económicas e monetárias dos países da UE, com vista a assegurar a estabilidade dos preços e uma situação sã para as finanças públicas, com a criação do Instituto Monetário Europeu e do Banco Central Europeu, em 1998. E finalmente, desde 1999, com a fixação irrevogável das taxas de câmbio e a introdução da moeda única, o Euro, nos mercados cambiais e nos pagamentos eletrônicos.

Após a crise de 2008, foi necessário um reforço amplo dos sistemas de governação económica a fim de melhorar a detecção, a prevenção e a correção das tendências económicas problemáticas como os défices governamentais excessivos, os níveis de dívida pública e desequilíbrios macroeconômicos[14].

Ponto que se destaca quanto aos aprendizados com a crise é o de percepção do chamado "efeito de contágio", que significa, essencialmente, que o produto das dificuldades económicas enfrentadas por um Estado-Membro não necessariamente, mas muito provavelmente, afeta os demais Estados na sua totalidade ou ao menos a nível regional, cite-se como exemplo Portugal e Espanha[15].

A governação da União Económica e Monetária é exercida conjuntamente pelas instituições da UE, dentre as quais destacam-se o Conselho Europeu, que determina as principais orientações políticas, o Conselho da União Europeia, que coordena o *policy-making* económico e decide se um Estado-Membro pode adotar o Euro, o Eurogrupo, que coordena as políticas de interesse comum da Zona Euro e os Estados-Membros[16].

---

[14] Cf. Feio, Diogo Nuno de Gouveia Torres, Op. cit., p. 26: "A reforma da governação económica europeia, em particular, por exemplo, a União Bancária, surgiu exatamente para fazer frente à presente crise económica e financeira". Ver: Preâmbulo do Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governação da União Económica e Monetária e o Acórdão de 08 de novembro de 2016, *Dowling and Others*, C-41/15, EU:C:2016:836

[15] Exposições de motivos do TECG e do Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade

[16] Sobre a dificuldade de se encontrar o funcionamento institucional da UEM, esta decorre da complexidade em se encontrar o funcionamento institucional da própria União Europeia, sobre este último: Cf. Feio, Diogo Nuno de Gouveia Torres, Op. cit., p. 47: "A forma de definir e enquadrar o sistema político existente na União Europeia não é nada evidente, porquanto o funcionamento institucional próprio que se vai conhecendo dificulta sobremaneira essa tarefa. Como tem sido visto, são várias as configurações de relações interinstitucionais com uma divisão de tarefas que é tudo menos linear. Também a tentativa de uma representação geométrica ou orgânica que procurasse estabelecer uma definição gráfica seria, com grande probabilidade, votada ao fracasso, tal é, com a exceção do poder judicial, a complexidade da divisão de competências existente. De certo modo, a evolução do funcionamento da União Europeia tem levado a uma complexificação crescente de todo o modelo".

As competências de cada uma destas instituições quanto à Governança da UEM constam, de forma desenvolvida, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, sendo pautadas pelo papel fundamental de cada uma na consecução dos objetivos da União.

O quadro de governação da UEM, em sua vertente de coordenação e controlo, centra-se no denominado "Semestre Europeu", que é o sistema de organização e conjugação de políticas económicas, composto por um conjunto de regras que visa detectar, prevenir e corrigir tendências económicas problemáticas, objetivando assegurar, através de normas mais claras, um melhor encadeamento das políticas dos Estados num período anual.

Temos, também, o Pacto de Estabilidade e Crescimento, instituído em 1997 e reforçado posteriormente em 2005, sem muito efeito tendo em vista a crise de 2008 que abriu espaço para um reforço estrutural mais incisivo do PEC[17], com dois pacotes legislativos que serviram como um suplemento às normas de coordenação económica na UE, tratam-se do "6 pack" (2011) e o "2 pack" (2013).

Há, ainda, o *supra*citado Tratado sobre a Estabilidade, Crescimento e Governação no âmbito da União Económica e Monetária, conhecido por "Tratado Orçamental", que introduz disposições de natureza orçamental mais rigorosas que o Pacto de Estabilidade e Crescimento e; a União Bancária, composta por um Mecanismo Único de Supervisão, outro de Resolução e um Fundo de Resolução.

Por fim, temos um "mecanismo de salvamento" criado, através de Tratado, pelos países da Zona Euro: o "Mecanismo Europeu de Estabilidade – MEE"[18], que é uma instituição financeira que visa salvaguardar os Estados-Membros e a União Europeia como um todo de circunstâncias económicas problemáticas.

A União Económica e Monetária sustenta, resumida e essencialmente, o projeto de integração entre os Estados-Membros através do aprofundamento[19] de sua cooperação no fundamental sector económico[20].

Com isso, podemos concluir quanto ao conceito da UEM, afirmando que consiste, ao mesmo tempo, em um "motor económico" sem o qual a União Europeia não conseguiria

---

17 "Tendo presente que, em 9 de Dezembro de 2011, os Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros da área do euro chegaram a acordo sobre uma arquitectura reforçada para a União Económica e Monetária, que assenta nos Tratados em que se funda a União Europeia e facilita a aplicação das medidas tomadas com base nos arts. 121º, 126º e 136º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia". – Exposição de motivos do TECG

18 Acórdão de 27 de novembro de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756.

19 Neste sentido, quanto ao aprofundamento da União Europeia: Pitta e Cunha, Paulo de, "O Alargamento, o Aprofundamento e os Limites da Europa", in "Estudos em Homenagem ao Centenário o Nascimento do Professor Paulo Cunha", Almedina, 2012, p. 861-864

20 Quanto ao papel das questões de ordem económica para a formação e desenvolvimento da União Europeia: Cf. Feio, Diogo Nuno de Gouveia Torres, Op. cit., p. 25 e segs.

atingir seus objetivos fundamentais[21] e um "cinto de segurança económico" capaz de resguardar a integridade e sanidade económica de seus Estados-Membros.

As prescrições de disciplina e estabilidade orçamentais, associadas à coordenação de políticas económicas entre os Estados-Membros, definidas como bases da UEM geram algumas limitações de atuação dos Estados nestas áreas fundamentais.

Questões de limitação de soberania nestas matérias não são, no entanto, as únicas levantadas em razão da existência da UEM enquanto conjunto de princípios e normas. Destacam-se, para além delas, impasses que surgem diretamente da natureza deste projeto, que assume uma vertente, essencialmente, constitucional[22].

Desta natureza constitucional[23], fundamentalmente organizativa[24], associada aos objetivos que lhe deram origem e lhe servem de sustentação, que encontramos fundamentos de impugnação de normas de direito secundário e de atos de governação da UEM.

É desta natureza e da constante ligação com a realidade socioeconómica que surgem, essencialmente, as demandas aos Tribunais Europeus relativamente à UEM[25] e, consequentemente, ao TJUE.

Estes pleitos estariam ligados, sobretudo, à essência do ordenamento jurídico Europeu. Em outras palavras, atendendo à natureza constitucional subjetiva não só das normas da União Económica e Monetária, mas do ordenamento jurídico Europeu, *per se*[26].

---

21 Idem

22 Quanto à natureza jurídica das normas da União Económica e Monetária: Freire, Paula Vaz, "A Nova Governação económica da União Europeia, in "Estudos de Homenagem ao Professor Jorge Miranda", volume V, Coimbra Editora, 2012, p. 24-25"(...) princípios, liberdades e garantias funcionais, disciplinadoras do processo económico e delimitadoras das competências da União e dos Estados-Membros, é reconhecida uma natureza supranacional e às normas que os consagram um caráter fundamental, estruturante do desígnio de integração económica. Tais normas, denominadas, frequentemente, por constituição económica da União Europeia, corporizam um sistema coerente erigido em torno do princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência".

23 Acórdão de 23 de abril de 1986, Les Verts V. Parlamento Europeu, C-294/83, EU:C:1986:166

24 Vilaça, José Luís da Cruz, "*EU Law and integration: Twenty years of judicial application of EU Law", Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 44: "In fact, some believe that a treaty, which is a legal instrument characteristic of International Law, is not a suitable vehicle for the genesis of a constitution; for others, the notion of constitution and State are inextricably linked; still others consider that the Community legal order does not meet all of the substantive requirements inherent in the concept of a constitution; finally it can be argued that a 'constitutional subject' or a 'European nation' that could provide a sociological basis for a European constitution is still missing in the Community legal area (…) None of those objections appears to be conclusive or insurmountable and, in any event, they appear irrelevant for the purposes of the present analysis".*

25 A título de exemplo, o objeto do Acórdão de 08 de novembro de 2016, *Dowling and Others*, C-41/15, EU:C:2016:836

26 Atendendo ao caráter vago dos Tratados e à rigidez das regras de revisão. Neste sentido: Cf. Martins, Ana Maria Guerra, Op. cit., p. 508 – 509

2. O Tribunal de Justiça da União Europeia

Tendo-se afirmado a natureza do Direito da União Europeia como constitucional (neste incluído o Direito da União Económica e Monetária), temos que, *ipso facto*, admitir o Tribunal de Justiça da União Europeia como organismo que atua, substancialmente, como Tribunal Constitucional.

Sobre esta questão, afirma José Luís da Cruz Vilaça: *"One may certainly wonder whether it is appropriate to talk of a constitutional court in the absence of a 'constitution', in the formal sense, particularly when it comes to a legal order which transcends the limits of the constitutional framework of the Nation State"*[27]

O Tribunal de Justiça[28] é "o guardião dos Tratados"[29], sendo assim, desde logo poderíamos obter uma resposta sobre sua função: o Tribunal tem um papel de interpretação e aplicação do Ordenamento Jurídico da União Europeia, e tem competências para impedir que quaisquer normas hierarquicamente inferiores venham a ser incompatíveis com este, incumbência equiparável à dos Tribunais Constitucionais nacionais[30].

Por isso, é possível concluir que o TJUE é um ator político[31] no cenário Europeu, com grande importância até mesmo com relação aos ordenamentos nacionais e dotado de um papel relevante e um elevado protagonismo na Integração entre os Estados-Membros e na delimitação de competências das instituições europeias.[32]

---

[27] Vilaça, José Luís da Cruz, "EU LAW and Integration: Twenty years of judicial application of EU Law", Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 44

[28] Art. 13º, n.º 1 e Art. 19º do Tratado da União Europeia

[29] Art. 19º, TUE

[30] Para Francis Jacobs, o papel de uma Corte Constitucional, geralmente, consiste em "judicial review of legislation to ensure its conformity with the constitution or other fundamental law; and in particular to ensure the observance of fundamental rights. More generally, it may also adjucate in disputes over the respective power of the organs of the State. Where, as in a federal system, power is divided between central authorities and those of the component States or regions, the respective limits to the powers of those authorities will also be considered a constitutional issue". – Jacobs ,Francis G., "Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?", in "Constitutional adjudication in European Community and national Law: Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins", Buttweworths, 1992, p. 25

[31] Neste sentido: Muir, Elise; Dawson, Mark e Witte, Bruno de, "Introduction: the European Court of Justice as a political actor", in: "Judicial Activism at the European Court of Justice", Edited by Mark Dawson, Bruno de Witte e Elise Muir, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2013, p. 1

[32] Sobre a relevância a jurisprudência do TJUE enquanto fonte e direito: Cf. Martins, Ana Maria Guerra, Op.cit., p. 508 – 509: "A jurisprudência do Tribunal de Justiça assume no Direito da União Europeia um papel extremamente importante. Na verdade, o caráter intencionalmente vago dos Tratados e a relativa rigidez das regras de revisão, ligados à natureza intrinsecamente evolutiva do processo de integração europeia, levaram o Tribunal a interpretar, desenvolver e aprofundar os Tratados e, desse modo, contribuir de forma decisiva para a elaboração e sedimentação progressivas da Ordem Jurídica das Comunidades Europeias e, posteriormente, da União Europeia. Bom exemplo disso é o facto de alguns princípios fundamentais do Direito da União Europeia serem de criação pretoriana (...)".

Questão que surge deste debate, também centrada na análise da atuação da Corte, é o ativismo e a autocontenção judiciais, que transfere esta problemática, que está, já há alguns anos, na moda, para as dimensões transnacional e internacional[33].

Consoante a natureza dos casos[34] que chegam ao TJUE, este exerce uma função política no sentido de manutenção ou eliminação de determinado ato jurídico do contexto legal e político da União Europeia em virtude de sua (in)compatibilidade com suas normas fundamentais e estruturantes[35], atuando, portanto como legislador negativo, sua função natural e equiparável às competências dos Tribunais Constitucionais.

No entanto, ao se debruçar sobre casos que impulsionam a Corte a atuar como legislador positivo ou, até mesmo, *designer* institucional, podemos ver o Tribunal agir de forma mais ou menos 'ativista' em decorrência da existência de lacunas ou de obscuridade[36] nas normas dos Tratados e que contribuem para sua função integrativa.[37]

Ou seja, quanto ao TJUE, temos as mesmas complicações com as quais lidamos no âmbito das Cortes Constitucionais nacionais: Os Tratados, como elementos de uma Constituição Material, preveem as bases institucionais e os objetivos fundamentais a serem utilizados como mecanismos hermenêuticos na aplicação pelos Tribunais constituídos e competentes segundo as Leis Fundamentais para fazê-lo, e os Tribunais, atuando de acordo com suas competências virão a interpretá-las e aplica-las a cada caso concreto, sendo que, a cada decisão, por menos relevante que seja, há uma contribuição da Corte para a modelação do Ordenamento Jurídico.

---

33 Sobre ativismo, autocontenção judicial e legitimidade do TJUE: Bobek, Michal, "Of feasibility and Silent Elephants: The Legitimacy of the Court of Justice Through the Eyes of National Courts", in: Adams, Maurice et. al., "Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the European Court of Justice", Oxford, 2015, p.199-200: "Over the years, the legitimacy of the Court of Justice of the EU has been addressed from various perspectives. Most of these discussions would use as their yardstick variously framed moral visions of what a court should not be doing (…) The resulting spectrum would then typically be one of an activist/self-restrained Court with reference to a subjectively conjured boundary. Such boundary, however, can only be established against an abstract normative ideal of 'proper' exercise of judicial function. It is based on the author's personal, often culturally determined, convictions about what judges should and should not do".

34 Art. 263º, TFUE

35 Cf. Craig, Paul e de Búrca, Gráinne, Op. cit., p.63: "*In the name of preserving "the rule of Law" the Court has developed principles of a constitutional nature as part of EU Law, which bind the EU institutions and Member States when they act within the sphere of EU Law. It is the CJEU, as interpreter of the Treaties, which adjudicates on the limits of EU competence as against Member States".*

36 Cf. Muir, Elise; Dawson, Mark e Witte, Bruno de, Op. cit., p. 2: "*Nowadays, the European Union has become an all-purpose organization which has a direct impact on sensitive policy domains which the Member States saw as their own preserve, such as immigration policy and criminal procedure, thus multiplying the occasions in which the Court may be seen as activist when it is called to flesh out the often vague provisions of primary and secondary EU Law in such domains".*

37 Sobre ao papel exercido pelo TJUE na "constitucionalização do Direito da União Europeia, e, através disso, o reforço de sua atuação enquanto Corte Constitucional, Vilaça, José Luís da Cruz, "*EU LAW and Integration: Twenty years of judicial application of EU Law*", Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 46 "*(…) the Court has also set in train a process of gradual 'constitutionalisation' of the Treaties that has further strengthened its own role as a true constitutional court".*

Diante disso, podemos concluir que a relevância das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia para a União Económica e Monetária reside na competência a este conferida pelos Tratados; e o impacto de suas decisões pode ser visto pela forma com a qual ele molda o quadro institucional, em sua vertente procedimental, da UE.

Quanto ao debate sobre a natureza do Tribunal de Justiça da União Europeia como Corte Constitucional não cabe aprofundar mais tendo em vista o objetivo deste trabalho, sendo imperioso deixar os pormenores para desenvolvimentos futuros.

No entanto, cabe estabelecer como premissa que o TJUE tem competências de um Tribunal Constitucional, de forma que adotamos, essencialmente, um posicionamento segundo o qual os Tratados da UE podem ser considerados instrumentos que veiculam uma Constituição material e que a avaliação da compatibilidade de quaisquer normas de hierarquia formalmente inferior a suas normas cabe a um órgão de revisão de natureza especial, bem como o controle de atos jurídicos praticados dentro do Ordenamento Jurídico Europeu.

Assim, podemos nos adiantar e alcançar o patamar no qual a jurisprudência do Tribunal poderá passar por um exame de subsunção aos conceitos de ativismo ou autocontenção judicial, de forma que, assumindo esta natureza do Tribunal como Corte, estruturalmente, Constitucional e subsumível pela sua estrutura a este conceito[38], será possível analisar, de forma mais precisa o papel do TJUE como co-*designer* da União Económica e Monetária[39] enquanto ator político no Ordenamento Europeu e sua legitimidade enquanto tal.

3. Aspectos da União Económica e Monetária à luz da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

3.1. Relações de cooperação entre as instituições no âmbito do Pacto de Estabilidade e Crescimento

A decisão paradigma quanto às relações de cooperação entre a Comissão das Comunidades Europeias e o Conselho da União Europeia, especificamente quanto às

[38] E, por isso, passível de análise à luz da doutrina dos pesos e contrapesos. Montesquieu, Charles de Secondat de, "*De l'esprit des lois*", *Édition établie par* Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995

[39] "(...) o TFUE assume uma distinção entre a política monetária e a política económica. A primeira está centralizada em instituições europeias e a segunda baseia-se na coordenação entre os Estados-Membros". – Cf. Feio, Diogo Nuno de Gouveia Torres, Op. cit., p. 200. Ou seja, para os fins deste trabalho, analisaremos, segundo a distinção do TFUE, como o Tribunal encara a atuação das instituições europeias na política monetária e a coordenação entre os Estados-Membros, sendo esta, como visto no ponto 1. deste trabalho feita, essencialmente, também, pelas instituições europeias competentes.

medidas e procedimentos em caso de défice excessivo de um Estado-Membro no âmbito do PEC pode ser considerado o acórdão C-27/04[40].

Factualmente, o Conselho havia decidido, mediante recomendação da Comissão, pela existência de défices excessivos em França e na Alemanha, nos termos previstos pelo artigo 104º, CE e do Regulamento n.º 1467/97, de 7 de julho de 1997.

Nestas decisões, o Conselho recomendou os Governos francês e alemão que tomassem medidas capazes de extinguir o défice excessivo, fixando prazos para tal. A Comissão, no entanto, não considerou, em momento posterior, que as medidas adotadas pelos Governos eram adequadas ao objetivo de extinguir o défice, voltando a emitir recomendações ao Conselho neste sentido, e recomendando, também, a notificação de ambos Estados para que medidas eficazes fossem tomadas. Após votação no Conselho, as recomendações da Comissão não foram adotadas e com isso, o procedimento relativo aos défices excessivos foi suspenso em relação aos dois Estados-Membros.

A Comissão reagiu, pedindo ao Tribunal de Justiça: a) a anulação da não aprovação pelo Conselho dos instrumentos constantes de suas recomendações; b) a anulação das conclusões do Conselho quanto à República Francesa e a República Federal da Alemanha.

Quanto à primeira questão, o Tribunal decidiu que não seriam as decisões do Conselho impugnáveis pela via adotada pela Comissão, vindo a considerar que, conforme afirmou o Conselho, havia uma via processual prevista no CE para obrigar a prática de ato por uma instituição, a qual exigiria uma omissão por parte desta. A Corte não se manifestou acerca da abstenção de decisão por parte do Conselho, tendo em vista que a Comissão não optou por esta via.

Quanto à anulação das conclusões do Conselho, a questão subdividiu-se em dois pontos: quanto à admissibilidade e quanto ao mérito do problema trazido ao Tribunal pela Comissão.

A admissibilidade tem a ver com a natureza dos atos dos quais se pede anulação. Segundo o Conselho, suas conclusões teriam natureza política, sem efeitos jurídicos, pelo que o pedido da Comissão não deveria ser admitido. A Comissão, por outro lado, afirmou como efeito jurídico das conclusões do Conselho a liberação dos Estados-Membros do Procedimento em caso de défice excessivo.

A decisão do TJUE quanto a esta questão considerou que o Conselho teria alterado recomendações que tinham sido previamente aprovadas nos termos do Tratado então

[40] Acórdão de 13 de julho de 2004, Comissão V. Conselho, C-27/04, EU:C:2004:436

vigente, especificamente, ao alterar a data limite de redução do défice, o que modificaria a importância das medidas anteriormente aprovadas. Assim, a Corte concluiu pela existência de efeitos jurídicos nas decisões do Conselho, o que torna o pedido de anulação admissível.

Relativamente ao mérito da questão, o Conselho teria acordado em suspender o procedimento relativo aos défices excessivos e estabelecido que decidiria em aplicar as recomendações da decisão no caso de os Estados-Membros não agirem de acordo com suas conclusões.

Quanto a isso, o Tribunal decidiu a favor do posicionamento do Conselho, tendo em conta que a suspensão dos procedimentos poderia resultar do facto de o Conselho não aprovar uma decisão de acordo as recomendações da Comissão por não alcançar a necessária maioria.

No entanto, a Corte destacou que não foi, simplesmente, declarada a suspensão, tendo em vista que esta era condicionada, pela decisão, ao comportamento futuro dos Estados-Membros.

O TJUE teve, neste caso, a chance de iluminar algumas questões importantes não só quanto aos deveres das instituições no procedimento de défices excessivos, mas quanto à estrutura dos procedimentos de atuação destas no geral, i.e., ao clarificar se o Conselho estava autorizado a fazer o que fez pelos Tratados, o Tribunal poderia esclarecer o grau de vinculação ou discricionariedade que o Conselho teria relativamente às recomendações da Comissão não só em casos dos procedimentos em causa, mas em outras situações procedimentais semelhantes em que estas circunstâncias possam surgir.

Esta decisão foi importante não só por esclarecer o modo de funcionamento do Procedimento relativo aos défices excessivos, mas também por contribuir para a interpretação dos Tratados relativamente às relações entre as instituições da U.E.

Nas suas conclusões, o TJUE afirmou, dentre outras, que a "a responsabilidade de fazer respeitar a disciplina orçamental pelos Estados-Membros cabe essencialmente ao Conselho".

Este trecho da decisão é capaz de demonstrar o protagonismo do Tribunal de Justiça da União Europeia na interpretação e aplicação do Direito da União Europeia através de disposições de um instituto específico do Direito da União Económica e Monetária, e serve de exemplo da atuação jurídico-política de natureza constitucional da Corte.

3.2. Revisão simplificada do TFUE e Políticas Económicas: o Tratado que cria o Mecanismo Europeu de Estabilidade

O acórdão C-370/12[41], conhecido por "Acórdão Pringle", teve como objeto a decisão 2011/199/EU do Conselho Europeu, de 25 de março de 2011 que, fazendo frente à crise que atingiu o continente pouco antes daquela decisão, buscava alterar o artigo 136º do TFUE a fim de possibilitar a criação, pelos Estados-Membros cuja moeda é o euro, de um mecanismo de Estabilidade

Além disso, tratou o acórdão da interpretação de diversos dispositivos dos TUE e do TFUE que abrangem os objetivos da União Europeia e o funcionamento da União Económica e Monetária[42].

O pedido, feito em recurso interposto por membro do Parlamento irlandês (T. Pringle), tinha por base a ilegalidade da alteração feita ao artigo 136º do TFUE pela mencionada decisão do Conselho Europeu e a assunção, pela Irlanda, de obrigações incompatíveis com os Tratados em que se funda a União Europeia tendo em vista a assinatura do Tratado que cria o MEE.

A decisão do Conselho Europeu impugnada teve origem em um projeto de revisão do artigo alterado, submetido pelo Governo belga ao abrigo do artigo 48º, n.º 6 do TUE, tendo sido emitidos pareceres do Parlamento Europeu, da Comissão Europeia e do BCE.

Releva destacar que é questionada a competência do TJUE para examinar a questão do aditamento de um n.º 3 ao artigo 136º do Tratado sobre o Funcionamento, tendo em vista tratar-se de validade de direito primário da UE, o que não constaria das competências da Corte.

No entanto, o Tribunal afirma que (dentre outras questões) o que estaria *sub judice* seria a decisão do Conselho Europeu, o que, segundo o artigo 267º, estaria ao abrigo da jurisdição do Tribunal.

Quanto ao mérito da primeira questão, o TJUE avaliou se a revisão feita abrangia unicamente disposições relativas à terceira parte do TFUE e se veio a aumentar as competências da União conferidas pelos Tratados, avaliando, assim, se estaria a violar as regras do artigo 48º, nº 6 do TUE, ou seja, do procedimento de revisão simplificado.

---

41 Acórdão de 27 de novembro de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756

42 Arts. 2º, 3º, 4º, n.º 3 e 13º do TUE e arts. 2º, n.º 3, 3º, n.ºs 1, c) e 2, 119º a 123º, 125º a 127º do TFUE e e os princípios gerais da tutela jurisdicional efetiva e da segurança jurídica

Quanto ao primeiro ponto, diz o acórdão em seu parágrafo 60: "Tendo em conta os objetivos confiados ao mecanismo de estabilidade cuja criação está prevista no artigo 1º da Decisão 2011/199, os meios previstos para alcançar os mesmos, bem como o nexo estreito existente entre esse mecanismo e as disposições do TFUE relativas à política económica e o quadro regulamentar para reforço da governança económica da União, deve concluir-se que a criação do referido mecanismo faz parte do domínio da política económica".

Quanto ao segundo, lemos no parágrafo 74 que "Embora o Tratado MEE recorra às instituições da União, designadamente à Comissão e ao BCE, essa circunstância não é, em qualquer caso, susceptível de afetar a validade da Decisão 2011/199, que se limita a prever a criação de um mecanismo de estabilidade para os Estados-Membros e nada dispõe sobre um papel eventual das instituições da União nesse contexto".

A segunda questão tinha como objeto saber se os dispositivos dos quais se busca obter intepretação do TJUE permitem a um Estado-Membro celebrar e ratificar um Tratado da natureza do MEE.

Novamente questiona-se a competência do Tribunal e a resposta é a mesma, tendo em vista que o que o órgão jurisdicional questiona é a interpretação de dispositivos dos Tratados.

Quanto ao mérito, o TJUE passa a interpretar os dispositivos separadamente, distribuindo-os em grandes grupos: a) interpretação das disposições relativas à competência da União; b) de disposições do TFUE relativas à política económica; c) do artigo 4º, n.º 3, TUE; d) do artigo 13º do TUE e; e) do princípio geral de tutela efetiva.

E conclui, quanto a esta segunda questão, afirmando, no parágrafo 182, que "(...) há que responder à segunda questão os arts. (...), bem como o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva, não se opõem à celebração entre os Estados-Membros cuja moeda seja o euro de um acordo como o Tratado MEE nem à ratificação desse Tratado por esses Estados-Membros".

O Tribunal decide que a primeira questão não revelou nada que pudesse invalidar a Decisão do Conselho Europeu e que os dispositivos analisados não se opõem à celebração entre os Estados-Membros da Zona Euro de um Tratado da natureza do MEE. Adicione-se que "O Direito de um Estado-Membro de celebrar e ratificar o referido Tratado não está dependente da entrada em vigor da Decisão 2011/199" (3) das conclusões.

3.3. Poderes do Banco Central Europeu, Sistema Europeu de Bancos Centrais e Políticas monetárias

Caso mais voltado ao tema das políticas monetárias é o Acórdão C-62/14[43], caso "*Gauweiller and others V. Deutscher Bundestag*", que avalia, dentre outros objetos, "atribuições do BCE e do Sistema Europeu de Bancos Centrais" e "mecanismo de transmissão da política monetária.

Trata-se de um reenvio prejudicial apresentado pelo *Bundesverfassungsgericht,* por decisão de 14 de janeiro de 2014. O pedido tinha por objeto a validade de decisões do Conselho do Banco Central Europeu e a intepretação dos artigos 119º; 123º e 127º, do TFUE e dos artigos 17º a 24º do Protocolo n.º 4, sobre os Estatutos do SEBC.

"Este pedido foi apresentado no âmbito de vários recursos de fiscalização da constitucionalidade e de um procedimento de resolução de um litígio entre órgãos constitucionais a respeito da participação do *Deutsche Bundesbank* (Banco Federal da Alemanha) na execução dessas decisões e da alegada inércia do *Bundesregierung* (Governo Federal) e do *Deutcher Bundestag* (Câmara Baixa do Parlamento Federal) face às referidas decisões".

O caso tem, na sua base, a questão da centralização da Política Monetária na figura do Banco Central Europeu, e o problema que surge, especificamente, abrange a manifestação desta questão em decisões do Conselho do BCE sobre "parâmetros das operações monetárias definitivas do Eurosistema nos mercados secundários de obrigações soberanas – OMT).

Foram apresentados diversos recursos de fiscalização de constitucionalidade das decisões do BCE sobre o tema, bem como da inércia inconstitucional do Governo Federal e do Parlamento alemães face às decisões.

Nestes pedidos foi afirmada a violação, pelas decisões relativas às OMT, do disposto no artigo 123º do TFUE e do princípio da democracia, consagrado na Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional Federal afirma que, caso haja violação do artigo 123º deveria acolher os recursos e declarar a inconstitucionalidade das decisões e "[s]ublinha, designadamente, a este respeito, referindo-se ao princípio da atribuição de competências, consagrado no artigo 5º, n.ºs 1 e 2, TUE, que o mandato conferido ao SEBC deve ser

[43] Acórdão de 16 de junho de 2015, *Gauweileir and Others*, C-62/14, EU:C:2015:400

rigorosamente delimitado para satisfazer as exigências democráticas e que o respeito desses limites deve ser submetido a uma fiscalização plena de jurisdição. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a independência do BCE não se opõe a essa fiscalização, uma vez que esta independência tem que ver unicamente com os poderes que os Tratados conferem ao BCE e não com a determinação da extensão e do alcance do seu mandato". (parágrafo 8º)

Foram colocadas questões altamente relevantes quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial, tendo o TJUE concluído, acompanhado de sua jurisprudência em considera-lo admissível.

Quanto ao mérito, a pergunta centra-se nos dispositivos mencionados se, através da interpretação dos mesmos, o SEBC estaria autorizado a adotar um programa de compra de obrigações soberanas nos mercados secundários.

Assim, a Corte se questiona se este programa é subsumível às atribuições do SEBC, conforme definidas estas pelo Direito primário da União Europeia. Primeiramente, conclui que cabe ao SEBC a definição e a execução da política monetária e que isso seria feito de forma independente, buscando resguardar o sistema de influências externas, suscetíveis de interferir nas missões estabelecidas nos Tratados.

No parágrafo 46 do acórdão lemos que "Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que, a fim de determinar se uma medida faz parte da política monetária, importa ter principalmente em conta os objetivos dessa medida. Os meios que esta implementa com vista a alcançar esses objetivos são igualmente pertinentes (v., neste sentido, acórdão Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, nºs 53 e 55)".

Seguindo estes critérios, o Tribunal avalia se o objeto *sub judice* seria enquadrável como medida de política monetária, concluindo que, diante dos objetivos do programa e dos meios para alcança-los, se enquadra no domínio da política monetária e que "A circunstância de a execução desse programa estar sujeita ao respeito integral dos programas de ajustamento macroeconómico do FEEF ou do MEE não é suscetível de alterar esta conclusão". (parágrafo 57)

Após excluir o enquadramento do objeto do caso como política económica, o Tribunal compatibiliza o programa com os objetivos do MEE, afirmando que "um programa como o que está em causa nos processos principais só pode ser aplicado na medida necessária à manutenção da estabilidade dos preços, a intervenção do MEE pretende, por sua vez, preservar a estabilidade da área do euro, objetivo que não faz parte da política monetária (v., neste sentido, acórdão Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, n.º 56)".

Em seguida, faz-se uma análise à luz do princípio da proporcionalidade, vindo a avaliar a situação concreta, ou seja, os factos que guiaram a decisão tomada pelo BCE e os objetivos a serem alcançados pelo programa criado.

A conclusão passou pela adequação do programa face ao alcance dos objetivos pretendidos e sua necessidade, tendo atenção às condicionalidades e especificidades de colocação em prática do programa e que, ao ponderar os interesses em causa buscou-se evitar inconvenientes desproporcionais na aplicação do programa. O TJUE considerou, portanto, que o programa conforme concebido não violaria o princípio da proporcionalidade.

As condicionalidades e especificidades quanto á aplicação do programa foram determinantes também na interpretação do Tribunal quanto à compatibilidade do mesmo relativamente ao artigo 123º, 1, do TFUE, concluindo que este dispositivo não estaria violado levando em consideração que o incentivo aos Estados-Membros no sentido de condução de uma política orçamental sólida não estaria eliminado em virtude do caráter de resgate do programa em causa.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia conclui que os dispositivos que seriam violados pelo programa impugnado devem ser interpretados no sentido de que o SEBC poderia adotar um programa nestes moldes.

Considerações finais

A partir da análise das decisões cujo objeto é constituído por normas que compõem o Direito da União Económica e Monetária e por atos de operacionalidade da mesma, podemos sentir que, primeiramente, o Tribunal é o responsável por determinar **o que é um ato jurídico e o que é um ato político**, relativamente à atuação das instituições da União Europeia.

Além disso, o Tribunal, fazendo uma interpretação extensiva, mas não exagerada, afirma e reafirma sua competência para ser o órgão competente, em última *ratio,* para elucidar as normas dos Tratados.

A Corte tem uma postura, nestes casos, de contribuir, efetivamente, para uma elevação no grau de integração entre os Estados-Membros a nível económico e financeiro, reforçando a exegese dos dispositivos convencionais por este caminho.

É da competência do Tribunal, também, seguindo o raciocínio relativamente recente deste definir a natureza dos atos normativos e de execução da União Económica e Monetária e distinguir o que seriam Políticas Económicas e o que seriam Políticas Monetárias.

Para além destas contribuições, o Tribunal de Justiça da União Europeia fornece uma certa legitimidade jurídica consistente ao conjunto de regras e princípios que compõem o Direito da União Económica e Monetária, desobscurecendo conceitos e esclarecendo questões problemáticas que teriam impactos gravosos no contexto económico europeu.

O Tribunal atua, dentro dos casos analisados neste trabalho, dentro de suas competências, não podendo configurar sua linha hermenêutica mais direcionada à efetiva integração económica dos Estados-Membros como sendo uma postura ativista ou de autocontenção.

Em suma, e em termos de conclusão, o TJUE, ao enfrentar casos relacionados à União Económica e Monetária, tem agido dentro de suas competências garantidas pelos Tratados e tem cumprido com seus deveres convencionais decorrentes da natureza a cada dia mais constitucionalizada do Direito da União Europeia.

Tem reafirmado, também, seu posicionamento enquanto instituição europeia que, visando cumprir os objetivos dos Tratados, vem agindo fortemente a favor da integração entre os Estados-Membros.

Diante destes contributos do Tribunal à União Económica e Monetária, podemos observar que estamos evoluindo conforme previam os responsáveis pela elaboração do plano de efetiva cooperação entre os Estados em busca da paz, que, conforme já afirmado, em um continente tão mal tratado historicamente por guerras geradas por ambições económicas, só poderá ser efetivamente alcançada com uma prosperidade económica conjunta, que, por sua vez, será fruto do trabalho de detecção e prevenção de crises e do esforço por um desenvolvimento sustentável cooperativo.

Referências bibliográficas

1. **Bobek**, Michal, "Of feasibility and Silent Elephants: The Legitimacy of the Court of Justice Through the Eyes of National Courts", in: Adams, Maurice et. al., "Judging Europe's Judges: The Legitimacy of the European Court of Justice", Oxford, 2015

2. **Craig**, Paul e de Búrca, Gráinne, "EU LAW – Text, Cases and Materials", Oxford University Press, Sixth Edition, Oxford, 2015

3. **Feio**, Diogo Nuno de Gouveia Torres, "Tese de doutoramento: Uma História Interminável Entre a União Europeia e a União Económica e Monetária: o Governo, o Orçamento, e os Impostos", Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016

4. **Freire**, Paula Vaz, "A Nova Governação económica da União Europeia, in "Estudos de Homenagem ao Professor Jorge Miranda", volume V, Coimbra Editora, 2012
5. **Jacobs** ,Francis G., "Is the Court of Justice of the European Communities a Constitutional Court?", in "Constitutional adjudication in European Community and national Law: Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins", Buttweworths, 1992
6. **Martins**, Ana Maria Guerra, "Manual de Direito da União Europeia", 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017
7. **Montesquieu**, Charles de Secondat de, "De l'esprit des lois", Édition établie par Laurent Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995
8. **Muir**, Elise; Dawson, Mark e Witte, Bruno de, "Introduction: the European Court of Justice as a political actor", in: "Judicial Activism at the European Court of Justice", Edited by Mark Dawson, Bruno de Witte e Elise Muir, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2013
9. **Pitta e Cunha**, Paulo de, "O Alargamento, o Aprofundamento e os Limites da Europa", in "Estudos em Homenagem ao Centenário o Nascimento do Professor Paulo Cunha", Almedina, 2012
10. **Quadros**, Fausto de, "Direito da União Europeia", Almedina, 2015
11. **Vilaça**, José Luís da Cruz, "EU LAW and Integration: Twenty years of judicial application of EU Law", Oxford, Hart Publishing, 2014

Tabela de Casos:

Acórdão de 23 de abril de 1986, Les Verts V. Parlamento Europeu, C-294/83, EU:C:1986:166
Acórdão de 13 de julho de 2004, Comissão V. Conselho, C-27/04, EU:C:2004:436
Acórdão de 27 de novembro de 2012, Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756
Acórdão de 16 de junho de 2015, Gauweileir and Others, C-62/14, EU:C:2015:400
Acórdão de 08 de novembro de 2016, Dowling and Others, C-41/15, EU:C:2016:836
Acórdão de 12 de setembro de 2017, Anagnostaskis V. Comission, C-589/15 P, EU:C:2017:663

Jurisprudência da Corte Interamericana: Caso Atala Riffo e Crianças *Vs.* Chile e a Proteção de Direitos Humanos no Seio de Famílias Homoparentais.

Andreia Maria Santiago[1]

Érica Valente Lopes[2]

1. Introdução.

Por meio do presente artigo, pretende-se demonstrar como as novas concepções de família impactam na jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como repercutem no âmbito interno dos países membros da Convenção Americana de Direitos Humanos, com enfoque para ideais de efetivação do princípio do melhor interesse da criança frente a processos de guarda no seio de famílias homoparentais. Pretende-se, ainda, tratar da cláusula de não discriminação, do direito à vida privada e familiar. Para tanto, inicialmente, haverá a exposição factual do caso Atala Riffo e meninas vs. Chile, seguida da análise do conceito de família adotado no caso em estudo, bem como analise dos principais institutos jurídicos violados.

O direto atual suscita análise de questões como as que se apresentam no presente estudo, sobretudo quando se reafirma os direitos humanos como instrumento de proteção de vulneráveis no âmbito privado das famílias, assegurando-se o bem-estar dos novos modelos de família presentes no seio da sociedade, sem se afastar do escopo de se assegurar o melhor interesse da criança.

2. Descrição factual do caso Atala Riffo e meninas *Vs.* Chile

O caso em análise tem por objeto a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente ao processo de guarda de três menores julgado pela Suprema Corte

[1] Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Bolsista de produtividade em pesquisa pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Relações Econômicas, Políticas e Jurídicas na América Latina – REPJAL sob a orientação da Doutora **Gina Vidal Marcílio Pompeu.**

2 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Advogada.

de Justiça do Chile e que envolve a violação de diversos direitos presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos, no cenário emblemático de uma família homoparental.

A situação fática ensejadora desse processo tem início com separação de fato da senhora Karen Atala Riffo de seu consorte Ricardo Jaime López Allendes em 2002, momento em que acordaram que ela ficaria com a guarda das três filhas fruto desse casamento. No mesmo ano, Atala iniciou uma relação homoafetiva com Emma de Ramón que passou a conviver na casa de Atala com suas três filhos e um filho mais velho fruto de uma relação anterior. Ao saber da relação homoafetiva de Atala, o senhor Allendes ingressou com demanda de guarda das menores no Juizado de Menores de Villarrica. Em sua petição sustentou que o desenvolvimento físico e emocional das crianças estaria em sério risco em face da relação homoafetiva de Atala, haja vista que dada relação ensejava a desnaturalização do sentido de casal que se traduz no vínculo homem-mulher, o que contraria o sentido natural de família e afeta valores fundamentais da mesma, considerada núcleo central da sociedade. Em maio de 2003, o juizado concedeu a guarda provisória ao pai e regulamentou o direito a visitas da mãe.

Com efeito, quando da sentença definitiva em primeira instância, o juiz concedeu a guarda das crianças à senhora Atala e ressaltou que a homossexualidade e a orientação sexual da ré não eram impedimento para desenvolver uma maternidade responsável. Diante da decisão, o senhor Allendes interpôs recurso de apelação. A Corte de Apelações de Temuco confirmou a sentença por seus próprios fundamentos. Não satisfeito com a decisão da Corte, o Senhor Allendes interpôs recurso de queixa perante a Corte Suprema de Justiça que concedeu a guarda definitiva ao pai.[3]

Atala Riffo, por meio de seus representantes, em novembro de 2004, apresentou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos petição inicial contra o Estado do Chile. Em dezembro de 2009, por meio do Relatório de Mérito nº 139/09, a comissão concluiu que o

3 La Sentencia de la Corte Suprema estabelece en su texto que Karen Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar uma convivência con uma pareja del mismo sexo y considero em ele fallo testimonios que indicaban que las niñas podian desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente em el futuro.
La Corte em su análisis expressa que ele inciso primeiro del articulo 225 del Código Civil, el cual provee que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es uma norma 'absoluta y definitiva'. Por lo tanto, la Corte declara que 'el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al outro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una 'causa calificada' que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo em cuenta el interés del hijo'. [...] La Corte estimo que las niñas se encontraben en una 'situación de riesgo' que las ubicaba en un 'estado de vulnerabilidade em su médio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colégios y relaciones de la vencindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal' (OEA, 2010, p.17-18)

Estado do Chile violou o art. 24 da Convenção Americana, ou seja, o direito de viver livre de discriminação. Recomendou que o Estado do Chile reparasse integralmente a Senhora Atala Riffo e as filhas considerando suas perspectivas e necessidades, bem como recomendou a adoção de políticas públicas com vistas a erradicar a discriminação com base na orientação sexual em todas as esferas do poder público.

Como o Estado do Chile não acatou as recomendações, a Comissão, em setembro de 2010, submeteu a presente demanda à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aduziu a Comissão (CNJ, 2012, p. 4) que o Estado do Chile incorreu em responsabilidade internacional em face do tratamento discriminatório e interferência arbitraria na vida privada e familiar da senhora Atala em decorrência de sua orientação sexual, retirando-lhe a guarda das filhas por tais fundamentos discriminatórios.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso, informou que não atua como tribunal de quarta instância, desse modo não poderia reformar a sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, assim, não seria objeto de sua jurisdição dizer qual dos pais biológicos poderiam oferecer um melhor lar para as crianças, bem como não poderia valorar provas ou estabelecer a restituição das crianças a casa da mãe. Na sentença, a Corte declarou o Estado do Chile responsável internacionalmente por violação de alguns direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Dentre eles[4], podem-se citar[5]: a violação do direito a igualdade e não discriminação previsto no art. 24 conjugado com o art. 1.1 que estabelece cláusula geral de cumprimento pelos Estados-partes dos direitos e liberdades estabelecidos. Violação ao direitos de igualdade do art. 24 conjugado com o art. 19 que trata

[4] As autores, com vista ao melhor entendimento do leitor, traçaram um corte epistemológico, tratando apenas alguns dos direitos violados apresentados na sentença pela Corte IDH, que tivessem relação direita com o presente objeto de estudo. Para leitura integral dos direitos violados, vide sitio eletrônico: < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>.

5 Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social

Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Artigo 17 - Proteção da família

1. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado

Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado

Artigo 24 - Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.

dos direitos das crianças. Violação ao art. 11.2 que diz respeito ao direito de proteção a honra e dignidade no âmbito da vida privada. Violação ao art. 17.1 que trata da proteção à família.

3. Novos arranjos familiares e o conceito adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

As mudanças sócio históricas perpassadas na sociedade e a ampliação das relações familiares e afetivas têm influenciado na forma como a família é concebida aos olhos do senso comum e do Direito.

Não se pode olvidar que os povos colonizados por países de origem cristã introjetaram em seus costumes e ordenamentos pátrios, uma visão patriarcal de família e, por vezes, falocêntrica[6], tomando como base o modelo canônico.

Esta concepção patriarcal ainda é bastante enraizada, quando se depara com o conceito de família fechado, estruturado nas figuras de pai, mãe ou filho, conforme asseverado da visão normativa de Gonçalves (2010, p. 17-18).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2007, p.15) conceitua a família como grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção.

Caso a análise se paute numa acepção antropológica, Luiz Gonzaga de Mello (MELLO, 2009, p. 326) aponta que a afinidade é de extrema importância para configuração dessa organização social. Pondera, ainda, que esta unidade social pode ser afetiva ou sanguínea, criticando, ao fim, ser o termo família vago e podendo ser estendido para, além do cerne existente de pai, mãe e filhos ou até mesmo de família de irmãos.[7]

As transformações sociais vividas nas últimas décadas, trouxeram à baila a necessidade em atualizar o conceito de família frente aos laços familiares conjugados nas famílias contemporâneas.

As relações familiares ganham novos arranjos para além do modelo tradicional, constituindo-se de diversas formas, não pré-determinadas, mosaicos típicos da pós-modernidade que carecem da proteção estatal e do respeito e atendimento dos interesses

[6] Significado de Falocêntrico - (Adjetivo) Que se centra no falo; centrado no órgão sexual masculino como a representação da fertilidade e masculinidade. Que acredita ser o homem superior; centrado na superioridade masculina em detrimento dos demais indivíduos. <https://www.dicio.com.br/falocentrico/>

[7] O certo é que o termo "família" é um tanto vago e pode significar: a) o grupo composto de pais e filhos; b) uma linhagem patrilinear; ou uma linhagem patrilinear; c) um grupo cognático, isto é, de pessoas que descendem de um mesmo antepassado, seja através de homens ou de mulheres; d) um grupo de parentes e seus descendentes, que vivem juntos.

mais caros para o ser humano. O afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor são exemplos desses interesses (DIAS, 2010, p.33).

A sociedade, contudo, ainda queda por considerar, serem esses novos arranjos familiares incorretos por supostamente destituírem o antigo modelo de família, mesmo que inexista qualquer diferença estrutural com os relacionamentos oficializados (DIAS, 2010, p.1-2, *online)*.

Maria Berenice Dias traz o entendimento subjetivista para desvincular o conceito de família aceito pela sociedade, como o instituído sob a base matrimonial, não sendo mais necessário que haja pai, mãe e filhos para que a caracterize.

Os novos arranjos familiares trazem uma nova concepção, a da socioafetividade, descaracterizando o antigo modelo familiar e permitindo que casais homoafetivos, pais e mães solteiras sejam reconhecidos como família, consagrando o direito à liberdade, à igualdade, à orientação sexual, à honra, à vida priva, à dignidade da pessoa humana, tais como normatizados nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica (local de sua assinatura, em 22.11.1969) traz em seu bojo inúmeros direitos e garantias a ensejar a ampla proteção dos Direitos Humanos.

Vislumbra-se do julgado Atala Riffo e meninas *versus* Chile que um dos cernes do embate jurídico interno resvalou no conceito de família adotado, uma vez que a orientação sexual da cônjuge virago foi exposta e considerada pela Corte Suprema como prejudicial à crescimento psicológico e social das filhas do casal.

Em sede de apreciação pela Corte Interamericana de Justiça, os juízes pontuaram que a CADH não traz em seu bojo um conceito fechado de família[8], como se houvesse unicamente o modo tradicional, não estando reduzida ao matrimônio e podendo abranger outros familiares de direito[9].

Por mais que tenha sido o primeiro caso julgado na Corte de guarda de menor envolvendo a orientação sexual dos pais, a temática já foi debatida em outros sistemas de proteção internacional, como no Tribunal Europeu, no Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs Portugal, em que num sistema de sopesamento concluiu-se não haver proporcionalidade

[8] Artigo 17.1 da CIDH. A Família é o núcleo central e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

[9] 142. A Corte constata que na Convenção Americana não se encontra determinado um conceito fechado de família nem tampouco se protege só um modelo "tradicional" de família. A esse respeito, o Tribunal reitera que o conceito de vida familiar não se reduz unicamente ao matrimônio, e deve abranger outros laços familiares de fato, onde as partes têm vida em comum fora do casamento.

adequada da medida de retirar a guarda da filha de um pai homossexual sob o manto da proteção do melhor interesse do menor[10].

Em Kamer Vs Austria teceu-se a consternação da proteção à família e na ampla variedade de medidas concretas que podem ser utilizadas para implementá-la, uma vez que o sentido tradicional é abstrato e a orientação sexual não pode ser pautada como a mais adequada para resolução do caso.[11]

No sistema interamericano o mérito da decisão do caso em tela percorreu o mesmo entendimento, pois constatou que a linguagem utilizada pela Suprema Corte do Chile trazia uma concepção limitada e estereotipada do conceito de família[12], vinculando-se ao conceito tradicional, que em nada se estreita com o trazido pela Convenção, violando incontáveis dispositivos, como o direito à liberdade, à igualdade, à proteção à honra e à dignidade e à não discriminação.

4. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e o direito à não discriminação baseada na orientação sexual dos pais em procedimentos de guarda de menores

4.1 Superação da concepção tradicional do papel social de mãe e o direito à sua identidade

O julgado envolvendo a Sra. Atala Riffo trouxe à tona a quebra da concepção tradicional do papel social de mãe e o empoderamento feminino como sujeito de vontades e direitos, reafirmando a sua identidade, liberdade, vida privada e dignidade. Baseando-se nessa concepção, é socialmente esperado que recaia sobre a mulher a responsabilidade principal da

[10] A respeito da inclusão da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos esclareceu que a orientação sexual é "outra condição" mencionada no artigo 14 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (doravante denominada "Convenção Europeia"), que proíbe tratamentos discriminatórios. Especificamente, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que a orientação sexual é um conceito que se encontra abrigado no artigo 14 da Convenção Europeia. Além disso, reiterou que a lista de categorias que figura no citado artigo é exemplificativa e não exaustiva. No *Caso Clift Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu também reiterou que a orientação sexual, como uma das categorias que pode ser incluída em "outra condição", é outro exemplo específico das que se encontram na citada lista, que são consideradas características pessoais no sentido de que são inatas ou inerentes à pessoa.

[11] *Caso Karner Vs. Áustria.* O objetivo de proteger a família no sentido tradicional é abstrato, e uma ampla variedade de medidas concretas podem ser utilizadas para implementá-lo […] como é o caso quando há uma diferença de tratamento baseada no sexo ou na orientação sexual, o princípio de proporcionalidade não exige meramente que a medida escolhida seja em geral adequada à consecução do objetivo visado. Deve-se também mostrar que era necessário excluir certas categorias de pessoas para alcançar esse objetivo".

[12] 145. No presente caso, o Tribunal constata que a linguagem utilizada pela Corte Suprema do Chile relacionada com a suposta necessidade das crianças de crescer numa "família estruturada normalmente e apreciada no meio social", e não numa "família excepcional", reflete uma percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a "família tradicional").

criação dos filhos e, desta incumbência deve-se prevalecer a criação da prole mesmo que implique a renúncia de aspectos essenciais de sua identidade[13].

A arraigada visão paternalista, diz Maria Berenice Dias (2010, p.04, *on line*), traz uma naturalização dos papéis de gênero, em que ao homem é reconhecido o instinto sexual e à mãe o instinto maternal, reprodutor. Externando esse estereótipo, a Corte Suprema Chilena interpretou o art. 225 do Código Civil pátrio14 para considerar o comportamento parental prejudicial, pautado na orientação sexual e no relacionamento homoafetivo, considerando a existência de 'causa qualificada' a ensejar a perda da guarda de suas 3 (três) filhas, na proteção do melhor interesse ao menor.

4.2 Discriminação fundamentada na orientação sexual e identidade de gênero parental e o melhor interesse do menor

A discriminação é a exteriorização de um preconceito, a concretização dessa forma de pensar. Pode ocorrer de forma positiva, quando não atentatória aos direitos e garantias fundamentais, na intenção de subsidiar uma condição de igualdade. Por outro lado, a discriminação negativa é a que se pauta em qualidades intrínsecas ou extrínsecas da pessoa para desigualá-la (FORUM DAS CORTES SUPREMAS DO MERCOSUL, 2016, p. 07).

Ocorre que com base na orientação sexual da Sra. Atala Riffo e no fato de sua companheira viver no mesmo lar, a Corte Suprema do Chile considerou que o comportamento parental inseria as menores em 'situação de risco' por estarem em um 'ambiente familiar excepcional', podendo haver, por parte das filhas, confusão sobre sua sexualidade e discriminação por colegas no meio social.

Restou evidente na decisão que aspectos discriminatórios culturais, sociais e a adoção do conceito tradicional de família fizeram com as características pessoais da mãe fossem

---

[13] 140. Por conseguinte, a Corte considera que exigir da mãe que condicionasse suas opções de vida implica utilizar uma concepção "tradicional" do papel social da mulher como mãe, segundo a qual se espera socialmente que sobre a mulher recaia a responsabilidade principal da criação dos filhos, e que em busca disso devia ter privilegiado a criação dos filhos renunciando a um aspecto essencial de sua identidade. Portanto, a Corte considera que sob essa motivação do suposto privilégio dos interesses pessoais da senhora Atala tampouco se cumpria o objetivo de proteger o interesse superior das três crianças.

[14] Artículo 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceiros.

expostas e especuladas de forma rasa como não cumpridora dos deveres parentais, não se comprovando dano efetivo às crianças.

Sabe-se que nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por agentes estatais ou por particulares, pode restringir os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual, culminando em infringências a direitos e garantias de direitos humanos.

Tomando-se por base a vedação à discriminação e o direito à liberdade, a Corte Interamericana repudiou o entendimento da Corte Suprema Chilena, a qual infringiu os artigos 11.2, 24, conjugados com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos ao retirar da mãe a guarda das filhas por infração da 'causa qualificada' contida no art. 225 do Código Civil, sob o fundamento especulatório e malversado de característica pessoal baseada em sua orientação sexual.

A sentença interamericana, além de basear-se na aplicação fidedigna dos dispositivos da Convenção Americana, trouxe em seu bojo, estudos sociais e científicos, num vasto conjunto de profissionais, como assistentes sociais, psicólogos etc, reafirmando a máxima de que uma decisão de guarda de menores não discriminatória não deveria referir-se à orientação sexual dos pais, pois, uma vez sendo, discrima os próprios menores e não atende ao seu melhor interesse.[15]

5. Repercussão do Caso Atala Riffo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

As mais graves violações de direitos humanos, ao longo da história da humanidade, se pautaram em elementos em que as diversidades se convertiam em fundamentos para justificar barbáries e o esvaziamento da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2016, p. 35). Em face disso, a ética em direitos humanos desenvolve-se no sentido de formar um olhar de alteridade e empatia frente ao outro que merece consideração e respeito. Com efeito,

[15] a perita Jernow declarou que "a análise do interesse superior da criança […] não pode ter por base presunções ou estereótipos infundados sobre a capacidade parental" (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.069). O perito Wintemute também salientou que "a discriminação com base na raça, religião, sexo ou orientação sexual do pai ou da mãe de uma criança nunca é no interesse superior da criança. O que diz respeito ao interesse superior da criança é uma decisão de guarda que leve em conta as qualidades dos dois pais, sem examinar considerações que são irrelevantes, e que muitas vezes estão ligadas a preconceitos sociais. […] Uma decisão de guarda não discriminatória não deveria referir-se à orientação sexual do pai ou da mãe. Deveria focalizar somente a capacidade parental do pai ou da mãe, o tipo de lar que podem oferecer, etc. Não deveria haver a necessidade de sequer mencionar a orientação sexual" (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.355 e 5.358). No mesmo sentido, o perito García Méndez na audiência pública ressaltou que "a conduta sexual que os tribunais em geral levaram em conta em casos dessa natureza são condutas sexuais que se referem à promiscuidade, […] sem nenhum outro tipo de consideração".

o desenvolvimento dos direitos humanos constrói-se ao longo do tempo e acompanha a evolução social e com ela dialoga no intuito de assegurar a não violação de direitos já assegurados (cláusula de não retrocesso ou efeito *cliquet*) e de implementar os direitos nascentes que decorram da própria dignidade humana.

Nessa esteira, os sistemas regionais de proteção de direitos humanos destacam-se na luta da implementação e proteção desses direitos. Firma-se a concepção de que práticas culturais internas não mais justificam a violação de direitos humanos. Nesse perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos atua como órgão jurisdicional supranacional que tem poder de responsabilizar os Estados-membros pela violação desses direitos.

É por esse prisma que o presente estudo tece as repercussões do caso Atala Riffo, considerado verdadeiro paradigma na jurisprudência da Corte no que diz respeito à proteção do direito à diversidade sexual e à identidade de gênero. Segundo Caio Paiva (2017, p.473), esse caso destaca-se por ser o primeiro precedente da Corte a tratar da proteção do direito à diversidade sexual, projetando uma mensagem de que discriminações fundadas na orientação sexual não são admitidas pelo direito internacional dos direitos humanos.

Constata-se que os efeitos de dada jurisprudência teve um alcance para além das fronteiras do Estado do Chile, com reflexos em todo o sistema interamericano, haja vista que os Estados-partes não mais poderão adotar condutas restritivas de direitos ou discriminatórias em face de orientação sexual, sob pena de estarem violando preceitos da Convenção. Soma-se a esse fato, a certeza de consolidação dessa jurisprudência no âmbito da Corte, uma vez que decisões posteriores sobre a mesma temática reafirmaram dado entendimento, a exemplo da Opinião Consultiva nº 24/2017, na qual a Corte Interamericana assentou que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pelo art. 1º e §1 da Convenção Americana, assim, qualquer norma ou ato discriminatório baseado na discriminação dessas categorias estão proscritos pela Convenção (MAZZUOLI, 2018, p. 397).

6. Conclusão.

Ao proceder-se a análise do caso Atala Riffo e meninas *vs.* Chile, vislumbrou-se que as instituições nacionais e supranacionais devem a cada instante estar atentas para proteção do núcleo fundamental da sociedade, qual seja, a família. Não se pode desarraigar das decisões judiciais domésticas a completude dos ordenamentos que abrangem às adesões a tratados internacionais, sobretudo, aqueles que digam respeito a proteção dos direitos humanos. A busca pela efetivação de tais direitos no seio familiar perpassa pela concretização

de direitos a intimidade, a vida privada, a não discriminação, enfrentando-se a temática das diferenças pela perspectiva de efetivação da dignidade da pessoa humana no âmbitos dos mais diversos modelos familiares com destaque, no presente estudo, para as familiares homoparentais.

O empenho do sistema interamericano na concretização e proteção de direitos humanos tem surtido frutos, a exemplo do caso Atala Riffo. Constatou-se que a responsabilização do Estado do Chile e o seu curvamento mediante ato público de reconhecimento de violação dos direitos acima aduzidos, demonstra que o modelo idealizado pela Organização dos Estados Americanos é viável para consecução de seus fins. Por seu turno, observou-se que todo o contexto e desdobramento do caso, não teve um fim em si mesmo, posto que conseguiu transmutar seus efeitos para a modernização do Poder Judiciário Chileno, por meio da implementação de cursos de capacitação de modo a conscientizar os funcionários públicos da necessidade de reajuste de suas concepções às novas conjunturas sociais que se apresentam, no escopo de que não haja repetição da violação de direitos humanos. Acresce-se a esse efeito, a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana que reiterou, em momentos posteriores, que a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

7. Bibliografia.

CHILE. **Código Civil Chileno**. Disponível em: <http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf>. Disponível em: 03.11.2018.

CHILE. Constitución Política de La República. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf>. Acesso em: 03.11.2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile.** Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência da Corte IDH**. Sentenças selecionadas. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c0dec043db9e912508531a43ab890efb.pdf>. Acesso em 30 out. 2018.

DIAS. Maria Berenice. **Paternidade Homoparental**. Disponível em: < http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php>. Acesso em 03 nov. 2018.

____, Maria Berenice. **A evolução da família e seus direitos.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_-_a_evolu%E7%E3o_da_fam%EDlia_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em: 02.11.2018.

____, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/45_-_a_fam%EDlia_homoafetiva_e_seus_direitos.pdf>. Acesso em: 03.11.2018.

____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias – 6 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.**

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/falocentrico/>. Acesso em: 03.11.2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** v. 6–Direito de família. Editora Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos.** 5 ed. Rev. atual. ampl. São Paulo. Método, 2018.

NOBRE. Rodrigo Igor Rocha de Souza. **Conceito e Evolução do Direito de Família.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em: 02.11.2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2a ed. Belo Horizonte:Editora CEI, 2017.

A Consolidação da Política Ambiental pelo Direito Integrativo na Estrutura dos Tratados Conformativos da União Europeia

Deilton Ribeiro Brasil[1]

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conformação da União Europeia pelos tratados e a inserção das normas ambientais. 3. A normativa da distribuição de objetivos, competências, princípios e normas para a política ambiental europeia. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A União Europeia como conjunto de países desenvolvidos com objetivos comunitários possui uma fascinante e moderna legislação, numa construção que remete ao pós-Guerra, em 1946, num discurso de Churchill na Suíça (QUADROS, 2009). Seus objetivos e sua escalada de unificação normativa atinge graus de sofisticação cada vez elevados, de forma a envolver desde os principais países a comunidades remotas autônomas, numa tentativa de respeito a pluralidade e de efetividade privada.

Se fora iniciada pela vontade econômica, a União Europeia ultrapassou seus desígnios iniciais e criou um baluarte normativo invejável em diversas áreas como a econômica, a educacional, a social e ambiental. A criação legislativa advém da política e esta da representatividade que é a base do engajamento populacional e neste aspecto, a Europa evoluiu e consegue seguir aumentando a sua capacidade enquanto União, num trabalho paulatino de construção com os Estados.

Em matéria de política ambiental e legislação ambiental, a vanguarda europeia vem demonstrando ao mundo o engajamento e a proposição de diversas normas que visam a

[1] Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

[2]Mestre em Direito Fundamentais e Organizações Internacionais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado. E-mail: leonardoconstant@hotmail.com

tutela ambiental e que não só acompanham como servem de exemplo a toda a comunidade internacional.

O presente artigo visou demonstrar a importância da política ambiental europeia, inserida inicialmente como resposta a grande demanda mundial por tutela ao meio ambiente e paulatinamente ganhou espaço nos documentos, comissões e tratados até passar a figurar como base legislativa atrelada a todas as demais políticas, num merecido lugar privilegiado de norma fundamental de Tratado, passando a ser considerada em igualdade com as demais políticas europeias.

Também procurou destacar o artigo que destas políticas advém os tratados e os Princípios pelos quais a legislação ambiental deverá ser encarada pelos Tribunais e aplicada pelos Estados Membros, bem como destacou, ainda que resumidamente, o Princípio integrativo que é o verdadeiro corolário que permite o funcionamento da União Europeia e como este reflete a adoção das políticas ambientais neste âmbito.

Este artigo científico foi realizado por método teórico-bibliográfico do tema de políticas ambientais e integração no âmbito da União Europeia, com a análise de artigos e livros sobre o referido tema. Ademais, valeu-seda pesquisa documental, com análise de tratados e legislação a respeito dos mesmos temas.

2. A CONFORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA PELOS TRATADOS E A INSERÇÃO DAS NORMAS AMBIENTAIS

Em que pese os recentes episódios políticos advindos das recentes ondas migratórias associadas a crise financeira global e o seu impacto negativo na popularidade da União Europeia, bem como a saída da Inglaterra da comunidade, no denominado BREXIT, a Europa do Euro é uma realidade muito firmemente alicerçada em bases políticas institucionalizadas durante todo o processo de formação da União Europeia, edificada sobre uma legislação cada vez mais apurada no sentido de cuidar da comunidade, com a guarda das instituições bem efetivada pelo seu Tribunal, protagonista na sua manutenção.

Trata-se de um inegável esforço de criação e aprimoramento de um conjunto de Estados visando a utilização de suas potencialidades ao mesmo tempo que a qualidade de vida de seus habitantes. A qualidade de vida associada ao desenvolvimento econômico comercial foram o objetivo inicial dos tratados que historicamente iniciaram o que veio a ser a União Europeia e obviamente que o respeito e a preservação ao meio ambiente foram se aglutinando e ganhando importância naquele contexto.

A menção legislativa dos tratados acompanhou a evolução da importância do tema que a cada dia aumenta em importância na estrutura dos tratados internacionais e na tratativa legislativa dos Estados.

A Europa e seu vigoroso direito comunitário integrativo sempre foi a vanguarda da política internacional e um modelo exemplar, não sendo diferente com o tema ambiental e sua política, que não se alia como determina a política ambiental mundial.

Desta forma, apesar de inicialmente centrada num esforço de unificação econômico a questão ambiental foi sendo incorporada e ganhando espaço tanto na tratativa internacional como na tratativa da "Europa", concretizando, como de resto, uma realidade, no decorrer dos instrumentos pactuados no âmbito da própria da União Europeia. Assim, apesar da origem eminentemente econômica, a política ambiental passou ao centro num contexto histórico que deve ser considerado para fins deste trabalho como marco inicial e plano de fundo.

Os tratados iniciais de conformação da Comunidade Econômica Europeia – CEE, a conciliação das atividades econômicas e a preservação do meio ambiente não eram associados ou mesmo eram objetivos iniciais dos europeus, como pode ser verificado no Tratado de Paris de 1951 que praticamente iniciou o processo de integração econômica ao iniciar a Europa do carvão e do aço, e no Tratado de Roma de 1957, que iniciou a CEE. As metas iniciais eram eminentemente econômicas e envolviam a instituição do ambicionado mercado comum, não sendo a proteção e respeito ao meio ambiente um pilar necessário, à época, àquele objetivo, como pode ser verificado a partir de seus artigos 2º e 3º.

Com efeito, num grande espaço de negócios caracterizado pela ausência de fronteiras entre os Estados, ações e medidas comunitárias visando proteger o homem e o ambiente eram fundamentais, ao mesmo tempo em que se discute a racionalidade de um modelo capaz de gerar benefícios econômicos, porém, sem prejuízo ambiental (OLIVEIRA, 2003).

O cenário foi modificado a partir do fortalecimento da questão ambiental na década de 1960, atendendo a que a questão ambiental ganhava popularidade ao mesmo tempo que passava a ser discutida em todas as searas. E a partir desta pressão, já em 1970 foi publicada a Declaração relativa ao ordenamento do ambiente na Europa, com princípios em matéria de proteção ambiental (Antunes, 1997), bem como houve uma repercussão mundial que ensejou a comunidade internacional a adotar medidas e reconhecer a questão ambiental, destacando-se que as Nações Unidas promoveram a Convenção de Estocolmo de 1972 (LAGO, 2007), a primeira grande Convenção Ambiental, na qual restaram discutidos, reconhecidos e mitigados os efeitos do desenvolvimento econômico.

Deste evento sucedeu em Paris, um encontro do Grupo Europeu, que publicou a Declaração de Chefes de Estado e de Governo de 1972, segundo a qual se promoveria uma particular atenção aos valores e bens não materiais e a proteção do meio ambiente a fim de colocar o progresso a serviço dos homens.

Na verdade, verificou-se que a busca pelo pleno desenvolvimento através da ampliação do mercado comum e de suas políticas econômicas conjuntas implicaria em efeitos advindos deste processo de industrialização e exploração agrícola impactantes no meio ambiente que foram percebidas naquele contexto, sendo necessária a tutela ambiental para a consecução dos objetivos de integração econômica.

Nos diversos encontros que sucederam a formação e consolidação do grupo, o Conselho Europeu formou agenda ambiental paralela, sendo a reunião de 1972 foi o início da política ambiental da União Europeia no sentido da elaboração do PACMAS – Programa de Ação Comunitária em Matéria de Meio Ambiente, que previa cinco programas de ação (OLIVEIRA, 2003). O Conselho Europeu aprovouplanos quadrienais de 1973 a 1987, que foram marcados pela mudança de estratégia de mitigação dos anos pela prevenção, associada ao aumento da qualidade de vida dos europeus (RAMÓN, 1997). Já no último quadriênio foram implementadas novas estratégias que englobavam a prevenção e a integração de políticas ambientais, de forma a efetivar a proteção ambiental (OLIVEIRA, 2003).

O ano de 1987 foi marcado pela publicação do Relatório Brundtland, conhecido como Nosso Futuro Comum, documento no qual se estabeleceram as premissas do desenvolvimento sustentável, documento que fundamentou a não menos emblemática Convenção do Rio de Janeiro de 1992(RAMÓN, 1997 e VARELLA, 2003).

A influência ambiental já estava suficientemente grande para passar, já em 1987 a integrar de forma expressa um Tratado, de forma que o Tratado do Ato Único Europeu TAUE trouxe em seu bojo dispositivos que trataram da matéria ambiental no seu Título VII, que tratou basicamente dos objetivos a serem alcançados em termos ambientais pela União, que seriam preservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente bem como proteger a saúdehumana e fazer a utilização racional dos recursos naturais, promovendo as medidas possíveis e necessárias para fazer frente aos problemas ambientais.

Seguiu-se ainda a implementação do Quarto Programade Ação Comunitária em Matéria de Meio Ambientepassa a vigorar trazendo a proposição de uma integração das políticas ambientais a outras políticas comunitárias desde 1987 até o ano de 1992, através de quatro instrumentos de atuação: legislação, controle, informação e emprego. Neste ponto se

verifica a necessidade integrativa das políticas ambientais, com instrumentos previstos na legislação ao mesmo tempo em que previa o controle centralizado.

A edição do Ato Único Europeu em 1987 foi um marco no sentido de introduzir o meio ambiente nos instrumentos fundacionais da Comunidade, determinando especificamente a necessidade de harmonização das normas ambientais com as políticas econômicas do então bloco econômico. É de destacar que a própria busca pela qualidade de vida e pela integração econômica, objetivos iniciais do bloco, impôs aos países aderentes a comunidade a necessidade de enquadramento às diretrizes gerais coordenativas da comunidade.

A importância da passagem da matéria ambiental a norma fundamental expressa é no sentido de passar de uma menção indireta a menção direta e do consequente empoderamento da União sobre esta matéria que se iniciou neste momento. Isso se refletiu nos compromissos que caracterizaram o Quinto Programa em Matéria de Meio Ambiente foram entabulados de forma a definir novos princípios e estratégias que considerariam os ditames da Rio-92, e que seriam adotados no período entre 1992 e 2000. A ação seria estendida e coordenada por toda a comunidade, considerando todos os setores passíveis de geração de poluição, como os da indústria, energia, turismo, transportes e agricultura, sendo também definitivamente incorporado o conceito de desenvolvimento sustentável, calcado no princípio do desenvolvimento durável, medidas preventivas e responsabilidade partilhada.

Ainda merece destaque que em 1992 foi efetivadaa criação da União Europeia com a base legal atual, a partir do Tratado de Maastrich, sendo em seu artigo 2º destaca o princípio do crescimento sustentável, não inflacionário e que respeite o meio ambiente, destacando como um de seus objetivos"promover, por meio dacriação de um mercado comum e de uma união econômica e monetária, o desenvolvimento sustentável das atividades econômicas (...) e um elevado nível de proteção e melhoria da qualidade do ambiente".

Ademais, foi previsto no Tratado em seus artigos 174, 175 e 176 toda a Política Europeia para o Meio Ambiente[3], sendo que, em linhasgerais, estabeleceram-se os objetivos a serem alcançados na área ambiental pelo Bloco, quais sejam, preservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente; proteger a saúde humana; fazer utilização racional dos recursos naturais; e promover as medidas possíveis e necessárias para fazer frente aos problemas ambientais, seja no contexto regional ou mundial (QUEIROZ, 2005).

[3] Atualmente seguem-se as mesmas instruções, que pela modificação pelo Tratado de Lisboa em 2007, passou a figurar nos artigos 191, 192 e 193.

O Tratado de Amsterdã de 1997 foi a consolidação de todos os Tratados anteriores, destacando que desde Paris de 1951 passando pelos de Roma de 1957, pelo Ato Único Europeu de 1987 e o de Maastricht de 1992, de modo que os artigos 130 R a 130 T transformaram-se nos atuais artigos 174 a 176 já referidos, dentro do Título XIX, passando desde 2007 a constar do Título XX nos artigos correspondentes 191, 192 e 193, concernentes as modificações pelo Tratado de Lisboa.

De verificar que este histórico demonstra que os princípios e as políticas para o meio ambiente da Europa não só são sincronizadas com as diretrizes Mundiais, mas sim são as suas determinantes, de forma acabaram por apontar um caminho, como de fato aponta,com a própria União Europeia se tornando um exemplo de integração de países com objetivos comuns, de forma a preservar a soberania ao mesmo tempo em que cedem competências a execução de um bem comum, no caso a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentado, partindo de uma elevação de qualidade de vida e de relacionamento pacífico.

É no âmbito da União Europeia que residem as iniciativas pioneiras na proteção ambiental, de forma que a proteção ao meio ambiente passou gradativamente a ocupar espaço central na discussão do antes economicista grupo, evoluindo de forma a demandar um rol de políticas que são decididas pelas instituições comunitárias no sentido de criação de uma ordem jurídica voltada para a adoção de medidas e ações destinadas a garantir que a proteção do meio ambiente, como figura central nas discussões do processo comunitário (MATA DIZ, 2012).

3. A NORMATIVA DA DISTRIBUIÇÃO DE OBJETIVOS, COMPETÊNCIAS, PRINCÍPIOS E NORMAS PARA A POLÍTICA AMBIENTAL EUROPEIA

A partir de seu histórico e de seu pioneirismo na seara ambiental, motivados pelos objetivos econômico-integrativos iniciais da Comunidade Europeia, tem-se a formação de um sistema cada vez mais voltado a consecução destes objetivos e nos quais se verifica a gradativa elevação da prevalência da legislação comunitária sobre a legislação ordinária nacional.

A conformação dos Tratados integrativos aliada a solidez das interpretações jurisprudenciais do Tribunal Europeu trabalham de forma a atrair a necessária conformação de competências para o funcionamento de um "Estado Integrado" aos moldes de uma

espécie nova de administração pública, comparada a uma forma federal, mas na qual os integrantes sempre possuem Direito de saída.

Efetivamente, ao se analisar especificamente os Tratados Constitutivos e de funcionamento da União Europeia em seus objetivos concernentes a políticas ambientais se verifica a prevalência de princípios orientadores e de normas suporte para estes, especialmente com base no artigo 191º, item 2. Obriga-se a consonância da legislação dos integrantes e da regulamentação da aplicação dos Tratados em nível Estatal com os princípios europeus, sempre tutelados pelo do Tribunal Europeu, cujas interpretações pro Europa determinaram um efetivo compartilhamento de competências entre a União Europeia e os Estados Membros, num arranjo em aperfeiçoamento constante.

A partir do Ato Único Europeu de 1987 e pelo Tratado de Maastrich de 1992, verificou-se a elevação da política ambiental ao nível comunitário, integrando-a efetiva e diretamente à base fundamental da Comunidade. Surge daí a integração de forma normativa da matéria ambiental, como objetivo a ser considerado e alcançado em conjunto com as demais políticas da União. A definição das questões de competência para elaboração e efetivação de políticas ambientais é da União Europeia, nos termos do artigo 192º, item 1.

Tem-se ainda que a União não só determina as políticas ambientais como é a responsável por sua efetivação, como se extrai do quadro de competências compartilhadas dos tratados fundacionais, que evoluíram para a transferência às instituições comunitárias do poder decisório. Tal assertiva é clara com interpretação dada ao artigo 3º, 3 (anterior artigo 2º do TCE), que prevê a proteção ao meio ambiente.

Assim, a partir do momento em que fazem parte dos objetivos gerais da União, os Estados membros poderão exercer esta competência somente na medida em que a União estabelecer de forma a tornar coordenada a ação protetiva e em prol do objetivo europeu.

É no artigo 193 do TUE estabelece a competência da União para a política ambiental, ao abordar de forma residual e concorrente a permissiva aos Estados de adotar, por si, medidas de proteção a reforçar as medidas "Europeias", desde que consonantes com as medidas da União e desde que previamente notificadas a Comissão Europeia. A definição de competência é de suma importância para que se garanta a efetividade da medida, que somente pode ser alterada pelo Estado para uma situação de maior proteção que a da norma da União e desde que compatível e previamente notificada, garantindo uma efetividade mínima em todo o território da comunidade.

Conforme estabelecido no artigo 191º, item 2, os Princípios que norteiam a política ambiental europeia são definidos na legislação, o que lhes traz força normativa no sentido de

obediência prévia pelos Estados e pelo legislativo e ainda na aplicação aos casos concretos, no caso pelo próprio Tribunal de Justiça da Europa, e pelos diversos controles jurisdicionais exercidos pelos Estados através de seus Tribunais.

A construção implica que os principais princípios atuam agrupados em torno de eixos, com um princípio base norteador e a partir do qual os princípios formam este eixo que leva a consolidação da medida decidida ou da ação efetiva a ser tomada (GOULART e MATA DIZ, 2012).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A integração política e legislativa da União Europeia tem superado diversos obstáculos e absorvido temas de altíssima relevância com sucesso e efetividade, como a questão da tutela ao meio ambiente. De um debate político inicial, a questão ambiental transformou-se a objetivo fundamental no direito comunitário europeu dada a sua importância para a própria humanidade. Este fato somente foi possível dado caráter integrativo da União, e ao seu direito comunitário devidamente alicerçado, conforme se depreende da evolução da inserção dos dispositivos nos tratados da União, alçados a normas fundamentais.

A partir da premissa de proteção ambiental, foram paulatinamente incorporados temas nos tratados que reiteradamente foram repetidos e aperfeiçoados, sendo as normas aplicáveis a partir do reconhecimento da competência da Comissão Europeia, pelo direito integrativo, cujas decisões obrigam aos Estados, que podem por sua vez melhorar em termos de exigências de cumprimento às normas, num estrito e correto caminho de uniformização de normas e de salvaguarda dos interesses públicos, oferecendo uma resposta efetiva aos anseios sociais.

O objetivo de integração econômica e posteriormente política e social da União Europeia estabelecido na sua legislação constitutiva absorveu gradativamente a demanda a ambiental e a elevou a um de seus objetivos fundacionais, visto que imanente a própria consecução dos objetivos basilares comunitários, qual seja o desenvolvimento econômico e o aumento da qualidade de vida dos europeus.

A conformação da prevalência do ideal europeu e dos princípios dos tratados pela integração, a política e a legislação ambiental passaram a ser disciplinadas por princípios advindos da própria normativa e ganharam, como de resto toda a legislação comunitária, o status de prevalência como objetivo comum, de forma que a coordenação da política e da

legislação ambiental seguem uma coordenação mínima em nível comunitário, possibilitando a efetiva tutela do meio ambiente europeu, paralelamente aos espaços dos países membros.

5. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Pedro Baila. **Evolução do Direito e da política do AmbienteInternacional, Comunitário e nacional**. Revista Millenium, Viseu, p. n. 7, ano II, p. 32-35, jul.-1997. Disponível em: <http://www.ipv.pt/millenium/ect7_pba.htm>. Acesso em: 08 maio 2018.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, GOULART Rayelle Campos Caldas. **A Aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ca01ea920679a0f>. Acesso em: 24 abr. 2018.

LAGO, A. A. C. **Estocolmo, Rio, Johanesburgo:** o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasil.Thesaurus Editora. 2007.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia:** processo de integração e mutação. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

RAMÓN, Fernando López. **Caracteres del derecho comunitário europeo medio ambiental.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17338.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais**. Scielo Brasil: Ambiente e Sociedade. v. 8, n. 2, jul.-dez.-2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28608.pdf>. Acesso em: 09 maio 2018.

VARELLA, Marcelo Dias, PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Proteção internacional do meio ambiente**. Brasília: Unitar, Uniceub e Unb, 2009. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/681/1/PROTECCAO%20INTERNACIONAL%20DO%20AMBIENTE.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

O Regime das Mudanças Climáticas e as Organizações Não-Governamentais à Luz da Governança Global Ambiental

Alexandre Ricardo Machado[1]

Patrícia Susana Baía da Costa Colaço Machado[2]

SUMÁRIO. Introdução**. 1.** Descrição do Fenômeno Mudanças Climáticas. **2.** Mudanças Climáticas e o Novo Momento da Governança Global Ambiental. **3.** Atuação e Inserção das ONG's no Regime de Mudanças Climáticas. **3.1.** ONG's como Novos Atores na Proteção Ambiental. **3.2** A Questão da Personalidade Jurídica das ONG's. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Nos últimos anos, a questão das mudanças climáticas passou a ser objeto de discussão no plano nacional e internacional devido às catástrofes ambientais sentidas em diversas regiões do planeta, como *tsunamis*, furacões, inundações e secas, com perda da biodiversidade e a ocorrência de refugiados ambientais, bem como pelo fato de que os relatórios publicados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)[3] têm revelado dados preocupantes quanto ao futuro próximo, atentando às ações antrópicas para a alteração do clima.

Essa problemática, concernente sobretudo às futuras gerações, abrange grandes incertezas científicas, o que a torna de certa forma abstrata e intangível, dificultando uma ação mais concreta dos Estados, temerosos em sofrer prejuízos econômicos, e da própria população, não disposta a alterar seu modo de vida pelo fato de não reconhecer o aquecimento global como uma ameaça visível e imediata.

Percebe-se que o modelo do Estado-Soberano se mostra insuficiente para solucionar questões globais, que transcendam as fronteiras políticas artificialmente criadas e demandam

[1] Doutor em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos, Professor, Consultor e Advogado Especializado em Direito do P&G, Professor da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo
[2] Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Coimbra, Consultora Jurídica em Direito Marítimo e Portuário; Setor Energético; e, Direito Administrativo e Tributário.
[3] IPCC. **What is the IPCC ?** Disponível em:< http://www.ipcc.ch/>. Acesso em: 05 nov. 2018.

arranjos cooperativos para serem solucionados. Assim, inicia-se uma mudança de paradigma na qual os problemas precisam ser solucionados por uma combinação e permutação de vários atores sociais em nível nacional e internacional.

É nesse contexto que se observa nas últimas décadas a emergência, no plano internacional, de atores não-estatais como as Organizações Não-Governamentais (ONGs), que se consideram representantes da sociedade civil global e participam tanto na propositura de soluções, com base em seu *know-how*, quanto na fiscalização do cumprimento de tratados e convenções internacionais, integrando-se a um grande sistema de governança global.

Diante desse contexto, essa pesquisa procura identificar de que maneira as ONGs buscam se legitimar como representantes da sociedade civil global? Será que existem condições, no âmbito do Direito Internacional, para a efetiva atuação destas organizações?

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação e a influência das Organizações Não Governamentais diante das mudanças climáticas, como novos atores do Direito Internacional, dentro do contexto da governança global. Analisando os riscos das mudanças climáticas sob a ótica da Sociedade de Risco de Ulrich Beck, percebendo-se a necessidade da participação da sociedade civil no trato das questões ambientais.

No tocante aos aspectos metodológicos utilizou-se como base o modelo de estudo de caso sistematizado bibliográfico, proposto por Marcelo Lamy (2011)[4], além do método indutivo como abordagem, sendo descritivo explicativo em pesquisa bibliográfica de meios impressos e eletrônicos, em periódicos de circulação nacional e internacional, além dos processos decisórios de grande relevância internacional.

1. DESCRIÇÃO DO FENÔMENO MUDANÇAS CLIMÁTICAS

As mudanças climáticas podem ser consideradas um dos problemas mais graves da crise ambiental do século XXI. Isso porque, apesar de já haver provas robustas quanto ao impacto humano negativo ao clima, ainda há grandes incertezas científicas acerca do ciclo climático natural da Terra, bem como sobre qual será o cenário futuro se os níveis de emissões dos gases causadores do efeito estufa (GEE) não forem controlados. Além disso, em função da alteração do clima, paralelamente observa-se a desertificação de certos territórios, deterioração dos recursos hídricos e perda da biodiversidade.

[4] LAMY, Marcelo. Metodologia da pesquisa jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Ademais, os estudos realizados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, 2018) indicam que há muito superamos o grau de exposição ao risco aceitável, fato este que vem despertando a urgência do problema na comunidade internacional, e fez com que muitos países introduzissem políticas para lidar com as alterações ambientais oriundas das mudanças climáticas.

Criado em 1988 pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e pela Organização Meteorológica Mundial (OMM), o IPCC congrega pesquisadores dos países-membros das Nações Unidas que analisam a literatura científica e técnica disponível e elaboram relatórios sobre o estado do conhecimento de todos os aspectos relevantes à mudança do clima, tendo como objetivo à não prescrição de soluções, mas sim servir de subsídio aos governos e à sociedade na adoção de políticas relacionadas à mudança climática (IPCC, 2018).

2. O NOVO MOMENTO DA GOVERNANÇA GLOBAL AMBIENTAL

Para discutir a atuação das ONGs no regime das mudanças climáticas e nos fundamentos da governança global ambiental, é necessário inicialmente contextualizar as mudanças climáticas dentro da crise ambiental, a fim de evidenciar os motivos que levaram a sociedade civil a atuar no cenário político internacional (GIESE, 2017).

Dessa forma, como modelo, insere-se a problemática da alteração climática no paradigma da Sociedade de Risco, criada por Ulrich Beck (2010), a qual demonstra que a tomada de consciência do homem para problemas ambientais globais deu-se tardiamente.

A chamada "sociedade de risco" é um conceito criado pelo teórico alemão Ulrich Beck, na década de 1980, que se tornou um marco teórico em matéria ambiental. Tal conceito expressa a incapacidade da ciência em prever e controlar os riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico e científico da sociedade, gerando consequências graves para a saúde humana e ao meio ambiente, muitas vezes irreversíveis. Entre os riscos apontados por Beck (2010), estão os riscos ecológicos, químicos, nucleares, genéticos e, mais recentemente, os econômicos.

Beck (2010) aborda os problemas do risco ambiental no contexto europeu, dividindo-os em duas fases: a sociedade industrial e a sociedade de risco. Para ele, a sociedade industrial constitui a Primeira Modernidade, ou a Modernidade Simples, e foi impulsionada pelo processo de industrialização, num período em que a natureza era percebida apenas como fonte de recursos e matérias primas à produção industrial, regida apenas pelas normas do

mercado. Já a sociedade pós-industrial ou moderna, Segunda Modernidade, Modernidade Reflexiva, ou então Sociedade de Risco, seria aquela que sofre ainda as consequências do modelo econômico adotado pela sociedade industrial do século XVIII, em função da manutenção do sistema capitalista predatório dos recursos naturais, sendo potencializada pelas incertezas quanto às atividades tecnológicas oriundas do desenvolvimento tecnológico e científico de risco, o que resulta num estado de permanente perigo de catástrofes ambientais.

No mesmo entendimento, José Rubens Morato Leite & Germana Parente Neiva Belchior (2012, p.13) corroboram que a sociedade de risco, oriunda da pós-modernidade, demanda transformações do Estado e no Direito para que se possa minimizar os impactos da crise ambiental e controlar o risco. Se lidar com o risco certo e em potencial já era difícil no paradigma anterior, tem-se que gerir riscos imprevisíveis, em abstrato, em virtude das incertezas científicas, torna-se uma tarefa ainda mais árdua.

Percebe-se, que a teoria de Beck guarda intima relação com a divisão teórica das gerações[5] de problemas ambientais: a primeira geração tem forte ligação com a prevenção e é marcada pela linearidade e pela concretude dos riscos, o que facilita a responsabilização jurídica pelos danos. Já a segunda geração é pautada na indivisibilidade, na globalidade, imprevisibilidade, abstração e, conforme Canotilho (2005, p.47), "relaciona-se com efeitos que extravasam a consideração isolada dos elementos constitutivos do ambiente e as implicações dos mesmos", sendo que sua resposta jurídica se dá com base na prevenção e na precaução. Portanto, essa segunda geração está relacionada com aspectos globais e controle dos efeitos colaterais das ações presentes às futuras gerações, trazendo riscos muitos mais difíceis de serem geridos do que os de primeira geração.

Beck aponta, que essa difícil percepção dos riscos dificulta a responsabilização dos agentes causadores dos danos, uma vez que muitas instituições, públicas e privadas, ocultam os riscos e se organizam para manter o sentimento de normalidade de suas atividades, afirmando a continuidade do progresso trazido pelo desenvolvimento de novas tecnologia, resultando no fenômeno da irresponsabilidade organizada (BECK, 2003, p.135).

Nesse contexto, observa-se, que se de um lado há o agravamento dos problemas ambientais e a conscientização da existência dos riscos, de outro, tem-se a clara ineficácia de políticas de gestão ambiental.

[5] Geração/Dimensão – como Cançado Trindade (1993), o autor não acredita na divisão por gerações ou dimensões, segundo ele, o direito não pode e não deve ser fragmentado.

A teoria da sociedade de risco atenta para o uso ilimitado do bem ambiental, para a sua apropriação, mercantilização, expansão geográfica e para o capitalismo predatório, evidenciando a necessidade de reestruturação do Estado, com vistas a transferir à população e à coletividade a gestão e as decisões ambientais[6].

3. ATUAÇÃO E INSERÇÃO DAS ONG'S NO REGIME DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Após a Guerra Fria com a quebra de paradigmas e de fronteiras, acentuou-se o processo de globalização e observou-se a emergência de atores não-estatais no plano da política internacional, que passaram a buscar maior espaço de participação nas tomadas de decisões.

Para Richard Haas (2008, p.44-45), a principal característica das relações internacionais do século XXI, é a não polarização, ou seja, um mundo dominado não por Estados, mas sim por dezenas de atores que possuem e exercem vários tipos de poder.

Nesse sentido, Liszt Vieira (2001, p. 24) aponta que as relações internacionais já não podem ser apenas explicadas em termos de relações entre Estados e mercado. Isso porque, devido ao crescimento das organizações da sociedade civil nas últimas décadas, agrupadas em torno do interesse público e erguendo bandeiras da democracia, diversidade cultural e sustentabilidade ambiental, vislumbra-se a formação de uma sociedade civil global, que cada vez mais exerce influência nas decisões internacionais, contribuindo para a democratização do sistema político.

É nesse contexto que se encontram as emergentes Organizações Não-Governamentais, que se autodenominam representantes da sociedade civil. Num cenário de problemas globais, impossíveis de serem resolvidos por meio de políticas nacionais isoladas, como, por exemplo, a proteção do clima, a sociedade civil se agrupa em torno do interesse público, defendendo no plano transnacional os princípios da cidadania, ideais de democracia política, diversidades e desenvolvimento sustentável (GANGULY; SETZER; HEYVAERT, 2018).

As ONGs atuam em objetivos diversos, dentre os quais:

a) Ajuda humanitária (Cruz Vermelha);

[6] A participação da sociedade civil na gestão de riscos e decisões relativas à proteção do meio ambiente é objeto de estudo da Governança.

b) Cooperação para o desenvolvimento (*OXFAM, Agrônomos & Veterinários Sem Fronteiras*); promoção dos direitos do Homem (*Amnesty Internacional, Human Rights Watch*); **c)** Proteção do Meio Ambiente (*Greenpeace, WWF, Conservation International, Natural Conservation*);

d) Política (Federações socialistas, liberais, etc.); **e)** Social e investigação (Associações profissionais).

Segundo Liszt Vieira (2001, p. 115) ao longo dos anos, as ONGs ganharam papel consultivo em várias agências e fundos das Nações Unidas, todavia permaneciam fora das discussões do Banco Mundial e do FMI. Além disso, essas organizações colaboraram em projetos de reconstrução da Europa no pós-guerra e, desde os anos 60, acompanham a implantação de projetos de desenvolvimento, em níveis nacional e local.

Como um dos principais exemplos de participação das ONGs, tem-se a Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente, conhecida como ECO-92, realizada em 1992, a qual foi um dos primeiros passos para a intensa participação das ONGs no processo de discussão e decisão das Nações Unidas, e, na Rio + 20, ocasião em que elas também se fizeram presente em peso nos eventos paralelos à agenda oficial.

Observa Kal Raustiala (1997, p.60) que as ONGs participam ativamente das negociações dos tratados de mudanças climáticas, estando presentes como observadoras em quase todas as sessões dos Comitês de Negociação Internacional do Clima e das Conferências das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

Dessa forma, suas atividades mostram-se úteis aos Estados, deixando claro que as ONGs são atores políticos relevantes. No entanto, a resposta à mudança do clima continua a cargo dos governos.

Por outro lado, Giddens (2010) critica e questiona se as ONGs tendem a se revestir de um traje moralista e decerto se são realmente sinceras em seu desejo de melhorar o mundo. Contudo, também são elas grupos de pressão, tal como as novas associações que vêm surgindo como representantes das indústrias de tecnologia renovável.

3.1. ONGs Como Novos Atores na Proteção Ambiental

No contexto ambiental, Sette (2010, p. 30) expõe que a Governança Global diz respeito à gestão sustentável do planeta e traduz a necessidade de uma visão sistêmica e abrangente dos problemas que afetam a humanidade. Tal questão se tornou parte constitutiva da agenda política mundial pela importância vital que os sistemas ecológicos desempenham na esfera da produção do modelo de desenvolvimento dominante, e pelo fato de que a

problemática ambiental deriva de um conjunto de fatores complexos e interligados (GANGULY; SETZER; HEYVAERT, 2018).

O caráter transnacional da problemática ambiental, por romper com fronteiras delimitadas e transmitir responsabilidades globais, acarreta o surgimento de arranjos políticos sólidos, comprometidos com as futuras gerações, além de uma visão multidimensional da problemática do desenvolvimento como um todo (BRASIL, 2016).

Ressalta Sette (2010), que as ações referentes à governança ambiental global, iniciaram-se no início do século XXI, com a tomada de consciência por parte do governo e outros setores da sociedade acerca da importância do desenvolvimento sustentável e da responsabilidade pelo gerenciamento do planeta, fazendo tal tema ser inserido na agenda global.

A Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, em 1972, em Estocolmo é considerada um dos marcos da Governança Global contemporânea, tendo em vista que envolveu diversos países e propiciou a discussão da relação do homem com o meio ambiente. Assim, desde Estocolmo, passando-se pela Conferência de Viena (1985), Protocolo de Montreal (1987), Relatório Brundtland (1987), ECO-92, Conferências das Partes (COP) e Rio + 20, percebe-se que a agenda global avançou no sentido de uma maior preocupação com a sustentabilidade do planeta.

Para Alcindo Gonçalves (2012) a efetiva Governança Ambiental Global exige, portanto, a presença e o envolvimento ativo de Estados e organismos internacionais ao lado da sociedade civil, representada pelas organizações não governamentais (ONGs), empresas transnacionais e a comunidade científica.

Assim, enquanto as ações governamentais são baseadas na coerção, na obrigação de cumprir, os fundamentos da governança estão no consenso e na cooperação. Mesmo em face de divergências (como grau de desenvolvimento na questão das mudanças climáticas e redução da emissão de gases de efeito estufa, ou nas disputas entre setor privado e público), o objetivo principal da Governança Ambiental Global é sempre construir pontos comuns capazes de trazer avanços, em muitos casos para superar a anarquia do sistema internacional (GANGULY; SETZER; HEYVAERT, 2018).

Da mesma forma, o autor sugere que a governança não diz respeito somente à colaboração e ações coletivas, mas também à governança adaptativa, ou seja, habilidades coletivas dos atores para ajustar e inovar no sistema operacional em face de novas circunstâncias e do fator "surpresa".

3.2 A Questão da Personalidade Jurídica das ONGs

Conforme José Cretella Neto (2013) para se pensar sobre a personalidade jurídica das ONGs no plano internacional, deve-se primeiramente conceituar a noção de sujeito de direito internacional. Tal ponto é assunto polêmico na doutrina, pois há pelo menos duas visões sobre a determinação dos sujeitos do Direito Internacional: a clássica, que defende que os únicos sujeitos com capacidade de exercer direitos e obrigações e de fazer prevalecer seus direitos por meio de reclamação internacional seria o Estado; e as individualistas ou realistas, que consideram o indivíduo como destinatário do Direito Internacional, possuindo assim, preeminência.

Não há dúvidas quanto à titularidade e o reconhecimento da personalidade jurídica internacional dada aos Estados, sujeitos por excelência, e às Organizações Internacionais. Segundo a Convenção de Montevidéu sobre Direito e Deveres dos Estados, de 1933, para que os Estados possam ser definidos como sujeitos, são necessários os seguintes requisitos: uma população permanente, um território, um governo, e a capacidade de relacionar-se com países terceiros. Já em relação às Organizações Internacionais (OI), destaca Guido Soares (2003, p. 22) que são consideradas como entidades coletivas estabelecidas por um ato solene entre Estados soberanos e que se caracteriza, por serem criadas por um acordo internacional.

Cretella Neto (2013) ressalta que apesar das ONGs estarem participando da vida internacional, sendo responsáveis inclusive, por muitas vezes, pela melhoria do sistema de verificação e monitoramento da implementação de acordos internacionais no interior dos Estados, isso por si só não indica que seus atos produzam efeitos jurídicos no direito internacional.

Soares (2003) destaca a aceitação das ONGs nos órgãos de justiça internacionais, tendo em vista que um dos critérios para se considerar a existência de sujeitos do Direito Internacional diz respeito à capacidade de possuírem direitos e deveres no mundo jurídico internacional. Expõe o autor a divergência que existe: enquanto a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) previa a participação das ONGs, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) proíbe. Conforme os art. 34 e 66, § 2º, respectivamente, constitutivos da CIJ, tal impedimento ocorre, pois somente organizações públicas podem agir, e somente organizações internacionais podem ter participação consultiva.

E em relação à representatividade, as ONGs são vistas como representantes da sociedade civil. Para Neiva (1999, p.115), o problema da representatividade "não deixa de estar relacionado com a definição que se aceita das ONGs". Embora se outorguem mediadores entre Estado e sociedade, as ONGs não se definem como entidades representativas e, em grande parte, "deixam transparecer incapacidade de democratizar suas estruturas decisórias internas".

Verifica-se, portanto, que a Governança Global exige a presença e o envolvimento dos Estados, organismos internacionais, setor privado e comunidade epistêmica ao lado da sociedade civil, representada pelas ONGs, numa gestão ambiental baseada no consenso e na cooperação (GANGULY; SETZER; HEYVAERT, 2018).

A Governança Ambiental Global é decorrente da crise de governabilidade dos Estados e abre espaço para que atores não-estatais participem das tomadas de decisões relativas ao meio ambiente. A questão da capacidade jurídica internacional ainda se mostra como uma lacuna, o que leva às ONGs atuarem principalmente em posições consultivas, sem direito de voto.

Considerações Finais

O presente estudo teve por objetivo analisar a atuação e a influência das Organizações Não Governamentais diante das mudanças climáticas, como novos atores do Direito Internacional, dentro do contexto da governança global.

A participação das ONGs no trato das mudanças climáticas se dá de diversas formas, como, sensibilizar o público para a problemática ambiental, através das campanhas e difusão de informação, fazem lobby às tomadas de decisão na esperança de afetar políticas nacionais e estrangeiras relacionadas ao meio ambiente, coordenam boicotes em larga escala para alterar práticas corporativas prejudiciais à natureza, participam com status consultivo nas negociações internacionais, e ajudam a monitorar a aplicação e cumprimento de acordos internacionais.

Além disso, constatou-se que no plano das negociações internacionais, as ONGs têm tido sucesso principalmente pelo uso de seu conhecimento especializado, que se torna um recurso valioso na resolução de problemas altamente complexos, e que os tomadores de decisões muitas vezes recorrem às ONGs para ajudá-los a compreender a natureza dos problemas ambientais e visualizar as implicações de várias alternativas políticas em consideração.

Entretanto, observou-se que somente os Estados, sujeitos de direito internacional, têm poder de decisão formal durante as negociações internacionais e, em contraste, as ONGs participam predominantemente como observadoras e não possuem poder de voto, o que dificulta uma participação efetiva nos processos de negociação. Assim, torna-se um enigma concluir, numa relação de causa e efeito, de que forma as ONGs realmente influenciam a tomada de decisões dos Estados.

Contudo, evidenciou-se que as mudanças climáticas se enquadram na categoria dos problemas ambientais de segunda geração, e são contextualizadas na Sociedade de Risco descrita por Beck, tendo em vista que comportam riscos imprevisíveis, abstratos, e ainda guardam grandes incertezas científicas quanto a cenários futuros, sendo tutelados, principalmente com base no princípio da precaução.

Nota-se que este cenário de crise ambiental se dá em grande parte pela conscientização tardia do homem de que os recursos ambientais são finitos e de que o planeta possui limites que precisam ser protegidos. Observou-se que as primeiras regulamentações jurídicas de proteção ambiental tinham um enfoque muito mais econômico do que protecionista, relacionado à sustentabilidade.

Referências

BECK, Ulrich, 1944. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____. **Liberdade ou capitalismo:** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução Luiz Antônio Oliveira. São Paulo: Ed. UNESP, 2003.

BRASIL. Senado Federal. **A governança internacional ambiental**: o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) e o fortalecimento das instituições mundiais. LEUZINGER, Márcia. In: Revista em Discussão. Brasília: 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito ao ambiente como direito subjectivo**. In: Boletim da Faculdade de Direito. Tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente:** Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: 3ª Ed. Saraiva, 2013.

GANGULY, Geetanjali; SETZER, Joana and HEYVAERT, Veerle. **If at First You Don't Succeed:** Suing Corporations for Climate Change. Oxford Journal of Legal Studies, (2018), pp. 1–28. Disponível em:< http://eprints.lse.ac.uk/89702/7/gqy029.pdf >. Acesso em: 05 nov. 2018.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

GIESE, Lucas J. **The Role of NGOs in International Climate Governance:** A Case Study of Indian NGOs. TESE College of St. Benedict / St. University John. April,2017. Disponível em:< https://digitalcommons.csbsju.edu/honors_thesis/36/ >. Acesso em: 05 nov. 2018.
GONÇALVES, Alcindo**. Rio + 20 e a Governança Ambiental Global**. Política Externa, n. 2, v.21, out. 2012.
HAAS, Richard. **The Age of Nonpolarity**. What Will Floow U.S. Dominance. Foreign Affairs, Vol. 87, n. 3 (maio/junho), 2008.
IPCC. Factsheet: **What is the IPCC?** Disponível em:< http://www.ipcc.ch/news_and_events/docs/factsheets/FS_what_ipcc.pdf >. Acesso em: 05 nov. 2018.
IPCC. **Global Warming of 1.5°C**. IPCC special report on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty. 2018. Disponível em: <http://report.ipcc.ch/sr15/pdf/sr15_spm_final.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2018.
LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica:** técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Dano Ambiental na Sociedade de Risco:** uma visão Introdutória. In: Dano ambiental na sociedade de risco. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.
NEIVA, Ricardo. **As Organizações Não-Governamentais nas Nações Unidas.** Coleção Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão, 1999.
RAUSTIALA, Kal. **Non-state-actors.** In: LUTERBACHER, Urs & SPRINZ, Detlef et. All. International Relations and Global Climate Change. Potsdam Institute for Climate Impact Research. PIK Report nº 21, nov. 1997, p. 57-64. Disponível em: < https://www.pik-potsdam.de/research/publications/pikreports/.files/pr21.pdf >. Acesso em: 05 nov. 2018.
SETTE, Ana Tarsila de Miranda e Souza**. Governança Global e redes globais de políticas públicas: atores brasileiros no cenário das mudanças climáticas.** Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, 2010.
SOARES, Guido Fernando Silva**. Direito internacional do meio ambiente:** emergência, obrigações e responsabilidades. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
VIEIRA, Liszt**. Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

As restrições à liberdade de expressão nos sistemas interamericano e europeu: uma breve análise da jurisprudência dos Tribunais Interamericano e Europeu de Direitos Humanos

Lucas Moreira Alcici[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Regime jurídico das restrições à liberdade de expressão. 3. Requisitos para as restrições à liberdade de expressão. 3.1. Previsão em lei. 3.2. Fins legítimos. 3.3. Necessidade da medida. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O direito à liberdade de expressão é essencial numa sociedade democrática, sendo garantido não só pelo direito interno, por meio das Constituições e leis nacionais, mas pelas convenções internacionais de direitos humanos. Apesar da sua importância, ou, mesmo, em razão dela, não são raras as tentativas de se restringir esse direito.

As restrições à liberdade de expressão podem ser compatíveis ou não com o direito internacional, ao passo que sejam ou não permitidas pelos tratados internacionais que a tutelam. Para que as restrições sejam permitidas, elas devem cumprir certos requisitos, que são determinados pelas convenções internacionais e interpretados pelos seus respectivos tribunais, criados para esse fim. No sistema europeu, a proteção fica a cargo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja interpretação cabe, principalmente, ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No sistema interamericano, por sua vez, a proteção é garantida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja interpretação cabe, precipuamente, ao Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Cada convenção regional especifica os requisitos que devem ser cumpridos para que as restrições sejam compatíveis com a proteção garantida à liberdade de expressão no seu respectivo sistema. Em que pese algumas diferenças significativas, é possível identificar um núcleo comum entre os sistemas interamericano e europeu.

[1] Mestrando em Ciências Jurídico-Internacionais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2. Regime jurídico das restrições à liberdade de expressão

A liberdade de expressão constitui um dos pilares de uma sociedade democrática.[2] No entanto, o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto e está sujeito a restrições.[3]

As restrições devem cumprir certos requisitos previstos nas Convenções Europeia e Americana para que sejam consideradas legítimas nos sistemas europeu e interamericano, respectivamente. O direito à liberdade de expressão está garantido no artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Humem e no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Apesar de terem um núcleo comum, este último contém uma lista mais reduzida de restrições permitidas à liberdade de expressão quando comparado com aquele.[4]

Segundo o Tribunal Interamericano: "*La comparación entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas*".[5]

---

[2] TEDH. Case of Wingrove v. The United Kingdom (Application no. 17419/90). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 25 November 1996, para. 52. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080. Acesso em: 2 de novembro de 2018; SUDRE, Frédéric. Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. European Journal of International Law, Vol. 2, 1991, p. 32; O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos considera a liberdade de expressão como pedra angular para a existência da sociedade democrática. MACHADO, Natalia Paes Leme. A "plena" liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. Brazilian Journal of International Law, Vol. 10, 2013, p. 289.

[3] SHEPHERD ressalta que, apesar de não ser absoluto, o direito à liberdade de expressão só pode ser restringido em "*very narrow circumstances*". SHEPHERD, Amy. Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expressions with Article 19 ICCPR. Utrecht Journal of International and European Law. Vol. 33, 2017, p. 64; RAMÍREZ e GONZA destacam que a liberdade de expressão, previsto no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não tem caráter absoluto, isto é, exitem limites ao seu exercício. RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, p. 36; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 15, para. 54. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

[4] Como pontua o Tribunal Interamericano, em razão da aplicação da norma mais favorável, regra prevista no artigo 29 da Convenção Americana, do mesmo modo que a Convenção Americana não pode restringir a proteção conferida por outros instrumentos internacionais, também não se pode aplicar restrições previstas nestes instrumentos, que não estejam previstas na Convenção Americana, para limitar o exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, dentre os quais a liberdade de expressão. RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 22; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), pp. 15-16, para. 52. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

[5] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 15, para. 50.

De acordo com o Tribunal Europeu, sujeita às limitações previstas no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia,[6] a liberdade de expressão abrange não apenas informações e ideias recebidas favoravelmente, ou aquelas entendidas como inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam ou incomodam.[7] Isso seria necessário para a própria existência de uma "sociedade democrática".[8] Assim, toda formalidade, condição, restrição, ou penalidade, imposta deve ser proporcional ao fim legítimo que se pretende alcançar.[9]

Nem toda restrição ao direito à liberdade de expressão constitui uma violação a esse direito. As restrições são permitidas desde que cumpridos os requisitos estabelecidos nas convenções internacionais sobre direitos humanos. Assim, para que uma restrição seja compatível no sistema interamericano, ela deve cumprir os requisitos elencados no artigo 13, parágrafo 2 da Convenção Americana. Da mesma forma, no sistema europeu, ela deve cumprir os requisitos previstos no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia.[10]

Em que pese se tratarem de sistemas de proteção dos direitos humanos distintos, existem certos requisitos comuns para que as restrições à liberdade de expressão sejam legítimas.

3. Requisitos para as restrições à liberdade de expressão

As restrições – ou limitações – à liberdade de expressão no sistema europeu só são permitidas se cumprirem três requisitos. As restrições devem ser previstas em lei; serem necessárias numa sociedade democrática; e, ainda, terem como objetivo alcançar fins legítimos, quais sejam, a defesa da segurança nacional, da integridade territorial e da ordem

[6] Como pontuam VELU e ERGEC: "*Etant donné l'importance de la liberté d'expression au regard de la societé démocratique, une grande prudence s'impose dans l'application des restrictions à cette liberté*". VELU, Jacques; ERGEC, Rusen. La Convention Européenne des Droits de L'Homme. Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 611, para. 753.

[7] TEDH. Case of The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) (Application no. 13166/87). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Plenary), 26 November 1991, para. 50(a). Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57708. Acesso em: 2 de novembro de 2018; Como sublinha WENZEL: "*By including even undesirable speech within the scope of application of freedom of speech guarantees, the human rights treaty bodies adhere to the principle (...) according to which, in principle, the remedy for undesirable speech is more speech*". WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, para. 15. Disponível em: http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e855?rskey=CLhu1q&result=10&prd=EPIL. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

[8] TEDH. Case of Éditions Plon v. France (Application no. 58148/00). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 18 May 2004, para. 42. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61760. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

[9] TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976, par. 49. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

[10] WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, para. 29.

pública, a prevenção de crimes, a proteção da saúde e moral públicas, a proteção da reputação e dos direitos de terceiros, a prevenção da divulgação de informações confidenciais e a manutenção da autoridade e da imparcialidade do judiciário.[11]

Assim, a análise da compatibilidade de uma restrição à liberdade de expressão com o artigo 10 da Convenção Europeia é composta de três fases. Em primeiro lugar, o Tribunal Europeu verifica se a restrição está prevista em lei. Ultrapassada essa fase, em caso positivo, o Tribunal Europeu verifica se a restrição objetiva um dos fins legítimos elencados no artigo 10, parágrafo 2, enumerados acima, e, por último, o Tribunal Europeu verifica se a restrição é necessária numa sociedade democrática para alcançar os fins legítimos a que se destina. Esses três critérios são cumulativos, ou seja, todos devem ser cumpridos para que a restrição seja compatível com a proteção conferida no sistema europeu.[12]

Em outras palavras, o Tribunal Europeu determina que uma interferência à liberdade de expressão constitui uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia a não ser que seja "prevista em lei", tenha como objetivo um dos fins legítimos elencados no parágrafo 2 do artigo 10, e seja "necessária numa sociedade democrática" para atingir tais fins.[13]

No sistema interamericano, de acordo com o Tribunal Interamericano: "*El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidade para quien lo haya cometido*".[14] Uma restrição à liberdade de expressão só é compatível com a Convenção Americana se estiver autorizada em seu artigo 13, parágrafo 2.[15] O Tribunal Interamericano destaca que, de acordo com a Convenção Americana, essas restrições manifestam-se através da imposição de "*responsabilidades ulteriores*" pelo exercício abusivo desse direito, as quais não devem de modo algum limitar, mais do que o estritamente

---

11 PANNICK, David. Article 10 of the European Convention on Human Rights. The King's College Law Journal, Vol. 4, 1993-1994, pp. 44-45; SUDRE, Frédéric. Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne, p. 33; TOULSON destaca que o artigo 10 da Convenção Europeia identifica certos "*counter values*" que justificam a imposição de restrições à liberdade de expressão pelo Estado, desde que essas restrições estejam previstas em lei e sejam necessárias numa sociedade democrática. TOULSON, Roger. Freedom of Expression and Privacy. Law Teacher, Vol. 41, 2007, pp. 140-141.

12 GASPAR, António Henriques. Liberdade de expressão: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Uma leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2009, p. 692.

13 TEDH. Case of Ekin Association v. France (Application no. 39288/98. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001, para. 43. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59603. Acesso em: 3 de novembro 2018; TEDH. Case of Sürek and Özdemir v. Turkey (Applications no. 23927/94 and 24277/94. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 8 July 1999, para. 43. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58278. Acesso em: 3 de novembro 2018; TEDH. Case of Perínçek v. Switzerland (Application no. 27510/08). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015, para. 124. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

14 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 11, para. 39.

15 RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 30.

necessário, o alcance pleno da liberdade de expressão e converterem-se num mecanismo direto ou indireto de censura prévia.[16]

Na aplicação dessas responsabilidades, devem ser cumpridos certos requisitos, quais sejam: a existência prévia dessas responsabilidades, que devem estar definidas de forma expressa e taxativa pela lei; a legitimidade dos fins que se deseja obter com a imposição dessas responsabilidades; e que essas responsabilidades sejam necessárias para assegurar os fins desejados.[17] Como fins legítimos, a Convenção Americana elenca: o respeito aos direitos e reputações de terceiros e a proteção da ordem pública, da segurança nacional e da saúde ou moral públicas.[18]

Assim, concluímos que são três os requisitos comuns que devem ser cumpridos para que as restrições impostas à liberdade de expressão sejam legítimas e não violem a proteção garantida pelos sitemas interamericano e europeu: a restrição deve estar "prevista em lei", ter sido imposta com o objetivo de alcançar "fins legítimos" e ser "necessária" para assegurar tais fins. Ainda, a medida restritiva deve ser proporcional ao fim que se deseja obter.

3.1. Previsão em lei

Em primeiro lugar, a restrição, para ser compatível com a proteção internacional garantida à liberdade de expressão, deve estar previamente fixada em lei, de modo a evitar arbitrariedades do poder público.[19]

Ao interpretar a expressão "prevista em lei", o Tribunal Europeu entende que a medida restritiva à liberdade de expressão deve ter base no direito interno. Contudo, não basta estar prevista no direito interno pura e simplesmente, pois a lei deve ser acessível e permitir aos indivíduos antever suas consequências, além de ser compatível com o "*rule of law*". De acordo com o Tribunal Europeu, a lei deve cumprir "*the requirements of accessibility and foreseeability*"[20]

Segundo ELVIN ABBASLI: "*The Court has identified two sub-tests that must be satisfied for a norm to be a 'law': those of accessibility and of foreseeability (or clarity). The sub-test of accessibility can be*

16 Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp. 62-63, para. 95. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 3 de novembro de 2018.
17 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 11, para. 39.
18 RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 31.
19 RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 31.
20 TEDH. Case of Ekin Association v. France (Application no. 39288/98. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001, paras. 44-45. GASPAR sublinha que "(...) exige-se sempre, como qualidade da lei, que esta seja acessível e previsível (...)". GASPAR, António Henriques. Liberdade de expressão: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 693.

fulfilled if the citizen is able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. A more rigorous assessment is required for the sub-test of foreseeability. (…) A norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen – if need be, with appropriate advice – to foresee to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail".[21]

Assim, de acordo com o Tribunal Europeu, dois fatores devem ser satisfeitos para determinar se o requisito da legalidade, que estabelece que a restrição deve ser "prevista em lei", foi cumprido. Ao mesmo tempo que a lei deve ser acessível, ela deve ser suficientemente precisa para permitir aos indivíduos regularem sua conduta.[22]

O requisito da previsibilidade ("*foreseeability*") implica que uma norma só pode ser considerada "lei" se for formulada com precisão suficiente para permitir que os indivíduos sujeitos a ela possam regular sua conduta. Eles devem ser capazes – se necessário, com assessoria jurídica – de prever, de forma razoável, as consequências de determinada ação.[23]

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu, o vocábulo "lei" deve ser entendido no seu sentido substantivo e não no seu sentido formal. Desta forma, inclui todo o tipo de legislação escrita, independente do seu nível hierárquico e, inclusive, as decisões judiciais interpretando a lei.[24] Como destaca WONG: "*The court declared that the word 'law' in Article 10(2) included statutes as well as unwritten common law*".[25]

No sistema interamericano prevalece uma interpretação diversa sobre o que pode ser considerado "lei". Como explica GROSSMAN: "*In order to conform to the legality requirement, the exception must be authorized by law, in the event that decrees or other administrative measures prove insufficient*".[26] Assim, a restrição deve estar prevista em lei em seu sentido formal e material.

---

[21] ABBASLI, Elvin. The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR. Baku State University Law Review, Vol. 2, Issue 1, 2015, p. 21.
[22] WONG, Wing-Wah Mary. The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights. N.Y.U Journal of International Law and Politics, Vol. 17, 1984, p. 56.
[23] TEDH. Case of Perínçek v. Switzerland (Application no. 27510/08). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015, para. 131.
[24] TEDH. Case of Ekin Association v. France (Application no. 39288/98. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001, para. 46; WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, para. 30.
[25] WONG, Wing-Wah Mary. The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights, p. 56.
[26] GROSSMAN, Claudio. Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights. ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 7, 2001-2002, p. 636.

Contudo, o Tribunal Interamericano entende que mesmo que a norma seja redigida em termos gerais, isso não retira o seu caráter de lei material.[27]

3.2. Fins legítimos

Cada convenção lista os fins legítimos que podem justificar a imposição de restrições à liberdade de expressão. Apesar de existir um núcleo comum às duas convenções regionais, a Convenção Europeia contém uma lista mais extensa quando comparada à Convenção Americana.[28]

No sistema interamericano, a restrição prevista em lei deve almejar o respeito pelos direitos e reputação de terceiros e a proteção da segurança nacional, da ordem pública e da saúde e moral públicas.[29]

Por sua vez, no sistema europeu, as restrições podem ser impostas com a finalidade de garantir a segurança nacional, a integridade territorial e a segurança pública, proteger a ordem pública e prevenir crimes, proteger a saúde e a moral públicas, proteger a honra e os direitos de terceiros, impedir a divulgação de informações confidenciais e garantir a autoridade e a imparcialidade do judiciário.[30]

Nesse sentido, WENZEL sublinha que: "*(…) it is noteworthy that Art. 10 (2) ECHR contains a more expansive list of permissible purposes for interference than the ICCPR and the ACHR. Whereas ICCPR and ACHR only refer to the respect of the rights and reputations of others, the protection of national security, of public order, and of public health or morals, the ECHR lists in addition territorial integrity or public safety, the prevention of disorder or crime, the prevention of disclosure of information received in confidence, and the maintenance of the authority and impartiality of the judiciary*".[31]

3.3. Necessidade da medida

O terceiro requisito é o da "necessidade", de modo que a compatibilidade das restrições à liberdade de expressão dependerá delas estarem orientadas a satisfazer um

[27] Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp. 19-20, para. 52. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acesso em: 3 de novembro 2018.
[28] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 14, para. 45; RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 21.
[29] RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia, p. 31.
[30] Artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.
[31] WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, para. 31.

"interesse público imperativo".[32] Dentre as várias opções disponíveis para alcançar esse objetivo, deve-se escolher a que menos restrinja o direito à liberdade de expressão.[33]

O requisito da "necessidade" determina que as restrições não devem ser mais restritivas que o necessário para atingir determinado fim legítimo.[34] A restrição à liberdade de expressão "*must be required by a compelling State interest which clearly outweighs the social need for protecting freedom of expression and has to be proportional for the purpose pursued by the State*".[35]

Para que uma restrição à liberdade de expressão seja compatível com a Convenção Americana ela deve ser "necessária numa sociedade democrática". O Tribunal Interamericano entende que "necessária" significa a existência de uma necessidade social imperativa que justifique a restrição.[36]

O Tribunal Interamericano entende que a necessidade e, em última análise, a legitimidade das restrições à liberdade de expressão dependerá se elas estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Assim, dentre as várias opções para alcançar o objetivo, deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito protegido. Por isso, não bastaria demonstrar que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno, pois, para serem compatíveis com a Convenção Americana, as restrições devem se justificar segundo objetivos coletivos que, pela sua importância, se sobreponham à necessidade de garantir o pleno exercício do direito à liberdade de expressão.[37]

A Convenção Americana estabelece que as restrições autorizadas à liberdade de expressão devem ser necessárias para assegurar a obtenção de certos fins legítimos. De acordo com o Tribunal Interamericano não basta que a restrição seja útil para a alcançar o fim legítimo, pois ela deve ser necessária, de modo que não se possa alcançar esse fim por outro meio menos restritivo.[38]

---

[32] Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp. 60-61, para. 85. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 4 de novembro de 2018.
[33] Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 63, para. 96; Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 14, para. 46.
[34] SHEPHERD, Amy. Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expressions, p. 76.
[35] WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014, para. 32.
[36] Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, p. 20, para. 54.
[37] Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), p. 63, para. 96.
[38] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), p. 23, para. 79.

O Tribunal Europeu destaca que o vocábulo "necessárias", utilizado no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia, não é sinônimo de "indispensáveis". No entanto, também não teria a flexibilidade de vocábulos como "admissíveis", "ordinárias", "úteis", "razoáveis" ou "desejáveis", pois implica na existência de uma "necessidade social imperativa".[39]

O Tribunal Europeu afirma que, inicialmente, é de competência das autoridades nacionais a análise da existência de uma necessidade social imperativa. Assim, é condedida aos Estados uma margem de apreciação, que é exercida tanto pelo legislador, ao prescrever a restrição na lei, quanto pelos órgãos competentes para interpretar e aplicar as leis vigentes, dentre eles os tribunais.[40]

Conforme pontua KRATOCHVÍL, "*the doctrine of the margin of appreciation is in play when a case requires the Court to carry out a balancing exercise".* [41] Pode-se afirmar que a margem de apreciação tem sua principal aplicação nos casos em que há a necessidade de sopesar interesses públicos e direitos individuais,[42] como ocorre em casos de restrição à liberdade de expressão por razões de segurança nacional, ordem pública, moral pública, dentre outros.

A doutrina da margem de apreciação objetiva dar uma certa flexibilidade na resolução de conflitos, no sistema europeu, a Estados com tradições sociais, políticas, culturais e legais diversas uns dos outros. Um dos fundamentos da doutrina da margem de apreciação é o fato de que as autoridades nacionais estariam numa melhor posição que o juiz internacional para analisar as circunstâncias concretas de cada caso.[43]

Em relação à aplicação da margem de apreciação em casos relacionados à liberdade de expressão, no caso *Handyside*, o Tribunal Europeu destacou que: "*By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, States authorities are in principle in a better position*

[39] TEDH. Case of The Sunday Times v. Tfhe United Kingdom (No. 1) (Application no. 6538/74). Judgment (Merits), Court (Plenary) 26 April 1979, para. 59. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584. Acesso em: 3 de novembro 2018; TEDH. Case of The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) (Application no. 13166/87). Judgment (Merits and just Satisfaction), Court (Plenary), 26 November 1991, para. 50 (c); TEDH. Case of Éditions Plon v. France (Application no. 58148/00). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 18 May 2004, para. 42.

[40] TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976, par. 48.

[41] KRATOCHVÍL, Jan. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29, 2011, p. 340.

[42] KRATOCHVÍL, Jan. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights, p. 328.

[43] BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. German Law Journal, 2007, pp. 711-712.

than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity'of a 'restriction'or 'penalty' intended to meet them".[44]

A doutrina da margem de apreciação está intimamente ligada ao princípio da subsidiariedade, no qual o sistema europeu é baseado.[45] Desta forma, o Tribunal Europeu tem como função assegurar que os Estados tenham atuado nos limites impostos pela Convenção Europeia.

O Tribunal Europeu entende que a margem de apreciação deve ser um conceito flexível e, por isso, o escopo – ou a extensão – do poder conferido aos Estados difere para cada uma das finalidades contidas no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia. Assim, em relação à proteção da moral pública, como no caso *Handyside*, o Tribunal Europeu confere uma generosa margem de apreciação, pois esta varia em razão do lugar.[46] Assim, o Tribunal Europeu entendeu, no caso *Müller v. Suíça*, que o confisco das obras de arte consideradas obscenas visava a proteção da moral pública, que é um dos fins legítimos elencados no artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia, tendo sido a medida considerada "necessária" para alcançar esse fim legítimo.[47]

Do mesmo modo, o Tribunal Europeu confere aos Estados uma margem de apreciação bastante ampla quando a restrição imposta à liberdade de expressão tenha como fundamento a segurança nacional e a ordem pública.[48]

De forma diversa, a margem de apreciação, quando a restrição tem como objeto a manutenção da autoridade e imparcialidade do judiciário é mais restrita, pois, de acordo com o Tribunal Europeu, se estaria diante de uma noção mais objetiva, como demonstra o direito interno e a prática dos Estados.[49] Além disso, o Tribunal Europeu enfatiza que as restrições

---

[44] TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976, par. 48.

[45] Como ensina BAKIRCIOGLU, a responsabilidade principal de assegurar o exercício e o gozo dos direitos reconhecidos na Convenção Europeia é dos Estados partes, tendo os ógãos do sistema europeu – em especial o Tribunal Europeu – a função subsidiária, ou complementar, de garantir que as autoridades nacionais tenham atuado dentro dos seus limites. Por essa razão, a margem de apreciação exerce um importante papel no sistema europeu. BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine, p. 717. Também sobre a relação entre a margem de apreciação e o princípio da subsidiariedade: KRATOCHVÍL, Jan. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Right, p. 326.

[46] WONG, Wing-Wah Mary. The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights, pp. 61-62; GASPAR, António Henriques. Liberdade de expressão: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, p. 694.

[47] PANNICK, David. Article 10 of the European Convention on Human Rights, p. 49; TEDH. Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84). Judgment (Merits), Court (Chamber), 24 may 1988, paras. 39, 43. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487. Acesso em: 3 de novembro de 2018.

[48] COSTA, Jean Paul. Freedom of Expression in the Strasbourg European Court of Human Rights Jurisprudence. Persona & Derecho, Vol. 44, 2001, p. 248.

[49] WONG, Wing-Wah Mary. The Sunday Times Case: Freedom of Expression, p. 62.

tem um escopo menor quando se trata de discurso político ou do debate de questões de interesse público.[50]

O Tribunal Europeu ressalta que a Convenção Europeia não confere aos Estados um poder ilimitado de apreciação da legalidade de uma restrição à liberdade de expressão, pois cabe ao Tribunal Europeu decidir em última instância se a restrição é compatível com o direito à liberdade de expressão, na forma como é protegido no artigo 10.[51] Segundo o Tribunal Europeu: "*The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision. Such supervision concerns both the aim of the measure challenged and its 'necessity'; it covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court*".[52] Assim, cabe ao Tribunal Europeu revisar as decisões dos tribunais nacionais, de forma a verificar se elas cumprem os requisitos do artigo 10, parágrafo 2, da Convenção Europeia.[53]

Por fim, a necessidade está relacionada com a noção de proporcionalidade. Assim, as restrições ao direito à liberdade de expressão devem ser diretamente relacionadas ao propósito que elas buscam e devem ser a medida menos restritiva para alcançar esse propósito.[54]

4. Conclusão

As Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, ao passo que tutelam a liberdade de expressão, estabelecem os requisitos que devem ser cumpridos para a imposição de restrições a esse direito, que não é absoluto.

Existem algumas diferenças na forma de proteção da liberdade de expressão entre os dois sistemas regionais. Assim, de um lado a Convenção Europeia estabelece uma lista mais extensa de restrições permitidas, de outro a Convenção Americana apresenta uma lista mais reduzida. De um lado, a Convenção Americana proíbe expressamente a censura prévia, de

[50] TEDH. Case of Perínçek v. Switzerland (Application no. 27510/08). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015, para. 197.

[51] Segundo DAVID PANNICK, o Tribunal Europeu é competente para decidir se o Estado foi capaz de justificar a interferência à liberdade de expressão, de forma que não basta que o Estado tenha exercido seu poder discricionário de forma razoável, cuidadosa e de boa-fé, pois deve ser comprovada a necessidade da limitação, que implica na existência de uma "necessidade social imperativa". PANNICK, David. Article 10 of the European Convention on Human Rights, p. 47.

[52] TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976, par. 49.

[53] Segundo o Tribunal Europeu: "(…) *it is in no way the Court's task to take the place of the competent national courts but rather to review under Article 10 (art. 10) the decisions they delivered in the exercise of their power of appreciation*". TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976, par. 50.

[54] SHEPHERD, Amy. Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expression, p. 76.

outro, a Convenção Europeia assim não o faz. De um lado, o Tribunal Europeu confere uma margem de apreciação aos Estados para a análise da necessidade da restrição, de outro, o Tribunal Interamericano assim não o faz.

No entanto, apesar das diferenças entre os sistemas, é possível identificar três requisitos comuns para a imposição de restrições à liberdade de expressão. Assim, para que a restrição seja compatível em ambos os sistemas ela deve ser: prevista em lei; ter como objetivo alcançar certos fins legítimos; e ser necessária para assegurar tais fins. Ainda, a medida restritiva deve ser proporcional ao fim legítimo para o qual é imposta.

5. Bibliografia

ABBASLI, Elvin. The Protection of the Freedom of Expression in Europe: Analysis of Article 10 of the ECHR. Baku State University Law Review, Vol. 2, Issue 1, 2015.
BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. German Law Journal, 2007.
COSTA, Jean Paul. Freedom of Expression in the Strasbourg European Court of Human Rights Jurisprudence. Persona & Derecho, Vol. 44, 2001.
GASPAR, António Henriques. Liberdade de expressão: o artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Uma leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra, Coimbra Editora, Vol. 1, 2009.
GROSSMAN, Claudio. Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights. ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 7, 2001-2002.
KRATOCHVÍL, Jan. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29, 2011.
MACHADO, Natalia Paes Leme. A "plena" liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. Brazilian Journal of International Law, Vol. 10, 2013.
PANNICK, David. Article 10 of the European Convention on Human Rights. The King's College Law Journal, Vol. 4, 1993-1994.
RAMÍREZ, Sergio García; GONZA, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.
SHEPHERD, Amy. Extremism, Free Speech and the Rule of Law: Evaluating the Compliance of Legislation Restricting Extremist Expressions with Article 19 ICCPR. Utrecht Journal of International and European Law. Vol. 33, 2017.
SUDRE, Frédéric. Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. European Journal of International Law, Vol. 2, 1991.
TOULSON, Roger. Freedom of Expression and Privacy. Law Teacher, Vol. 41, 2007.
VELU, Jacques; ERGEC, Rusen. La Convention Européenne des Droits de L'Homme. Bruxelles, Bruylant, 1990.
WENZEL, Nicola. Freedom of Opinion and Expression, International Protection. Oxford Public International Law. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2014. Disponível em: http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-

9780199231690-e855?rskey=CLhu1q&result=10&prd=EPIL. Acesso em: 3 de novembro de 2018.
WONG, Wing-Wah Mary. The Sunday Times Case: Freedom of Expression Versus English Contempt-of-Court Law in the European Court of Human Rights. N.Y.U Journal of International Law and Politics, Vol. 17, 1984.

Jurisprudência:

Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas), pp. 19-20. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf. Acesso em: 3 de novembro 2018.
Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf. Acesso em: 2 de novembro de 2018.
Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acesso em: 4 de novembro de 2018.
Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 3 de novembro de 2018.
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La Colegiación de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 2 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Éditions Plon v. France (Application no. 58148/00). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 18 May 2004. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61760. Acesso em: 2 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Ekin Association v. France (Application no. 39288/98. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Third Section), 17 July 2001. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59603. Acesso em: 3 de novembro 2018.
TEDH. Case of Handyside v. The United Kingdom (Application no. 5493/72). Judgment (Merits), Court (Plenary), 7 December 1976. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499. Acesso em: 2 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84). Judgment (Merits), Court (Chamber), 24 may 1988. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57487. Acesso em: 3 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Perínçek v. Switzerland (Application no. 27510/08). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 15 October 2015. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158235. Acesso em: 3 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Sürek and Özdemir v. Turkey (Applications no. 23927/94 and 24277/94. Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 8 July 1999. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58278. Acesso em: 3 de novembro 2018.
TEDH. Case of The Sunday Times v. Tfhe United Kingdom (No. 1) (Application no. 6538/74). Judgment (Merits), Court (Plenary) 26 April 1979. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584. Acesso em: 3 de novembro 2018.
TEDH. Case of The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) (Application no. 13166/87). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Plenary), 26 November 1991.

Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57708. Acesso em: 2 de novembro de 2018.
TEDH. Case of Wingrove v. The United Kingdom (Application no. 17419/90). Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Chamber), 25 November 1996. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080. Acesso em: 2 de novembro de 2018.

Relativismo ou Universalismo: a Diversidade Cultural e a Formação dos Direitos Humanos

Deilton Ribeiro Brasil[1]

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A ausência de discussão sobre cultura na elaboração da Declaração dos Direitos Humanos e a prevalência da filosofia ocidental. 3. A dificuldade de universalizar os direitos humanos da Declaração de 1948 pela ausência de discussão cultural em sua origem. 4. Universalismo e relativismo cultural: explicações de uma norma produzida sem o diálogo cultural.

1. INTRODUÇÃO

O viés cultural de uma pretensa Declaração Universal dos Direitos Humanos, como é a de 1948, passa por um profundo debate que tem como centro a dignidade da pessoa humana, um conceito aberto e variável, que num mundo globalizado, provoca choques culturais frequentes e contrapõem valores culturais que racionalmente não podem ser explicados. A discussão entre universalismo e relativismo persiste mesmo quase três décadas do término da Guerra Fria, demonstrando que o desafio cultural é tão ou maior que o de 50 anos atrás, sendo sempre o plano de fundo das demais questões.

Este artigo busca analisar os Direitos Humanos na Declaração de 1948 enquanto normas mundiais, especificamente enquanto força libertadora das culturas ou enquanto força da liberdade de escolhas culturais ou ainda enquanto força da liberdade. Aborda também o distanciamento verificado entre as culturas mundiais, indagando-se os Direitos Humanos da

[1] Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

[2]Mestre em Direito Fundamentais e Organizações Internacionais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado. E-mail: leonardoconstant@hotmail.com

forma como foram normatizados permitem aproximar as culturas mundiais e permitir que dialoguem e construam uma possível sociedade multicultural ou se procuram privilegiar os valores defendidos nas culturas ocidentais, especialmente os convenientes ao mundo economicamente globalizado, como defendido por correntes relativistas.

O trabalho se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica e documental acerca da efetividade do pretenso universalismo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos Tratados celebrados em 1966 e da Convenção de Viena de 1993. Ao final foram apontadas algumas considerações a respeito dos assuntos abordados a partir do referencial teórico, de forma a permitir também novas questões a serem desenvolvidas em torno dos temas.

2. A AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO SOBRE CULTURA NA ELABORAÇÃO DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PREVALÊNCIA DA FILOSOFIA OCIDENTAL

A concepção universalista dada a Declaração Universal dos Direitos Humanos desconsiderou a diversidade cultural, ainda que sob o permissivo impacto do pós-guerra e do contexto de Guerra Fria que se formava. A certeza de que direitos humanos baseados numa condição mínima universal poderiam evitar ou minimizar os horrores como os da Guerra ou das Ditaduras precipitou um documento político de cunho universalista, que subestimou ou mesmo desconsiderou as diferenças culturais existentes na humanidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é amplamente voltada para os ideais filosóficos ocidentais de sociedade, convalidados em revoluções nas quais aqueles ideais foram exitosos e posteriormente trabalhados na formação da sociedade capitalista, de cunho mercantil, politizado, que cultua a liberdade, a escolha, os lucros, o poder e que se caracteriza por conceitos como a distinção entre estado e religião, tripartição de poderes, igualdade de gêneros, busca pelo desenvolvimento econômico, tidos como marcas indeléveis do ocidente.

Ao contrário, as diversas nações não-ocidentais possuem culturas e práticas totalmente distintas e atrelam as comunidades, destinos, desejos e religião às ações coletivas ao mesmo tempo em que possuem sistemas de justiça, religião e política diversos. Possuem formas de pensamento e objetivos díspares e diferentes mesmo entre si, formando um mosaico de diversidade tais como tradição, religiosidade, distinção entre sexos, entre classes e castas, ordem, a simplicidade, a ruralidade, a ausência de ambição, a hierarquia, o nomadismo e a prevalência dos deveres aos direitos são marcas indeléveis de muitas delas, em conjunto ou não.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi acertada numa ONU com 56 membros e aprovada por 48 países, sendo realizada indiscutivelmente sobre valores ocidentais, sendo as 08 representadas por seis nações do chamado bloco comunista, pela África do Sul do apartheid e pela islâmica e conservadora Arábia Saudita. Esta votação "democrática" já anunciava o quão programático seria o conteúdo dos tratados inerentes a igualdade e o quão valorada seria a liberdade.

À época, o desrespeito pela diversidade cultural estaria legitimado, ainda que veladamente, pelo atraso ou desenvolvimento da cultura de um povo, como pode se extrair da concepção de liberdade ou mesmo da programática igualdade obtida em moldes ocidentais. Assim não admira que após 18 anos de tratativas os Tratados de 1966 servissem ao objetivo desenvolvimentista econômico em detrimento da problemática da tutela efetiva dos indivíduos de qualquer cultura. Pesa pela priorização da liberdade ocidental a implicação de que Direitos Humanos Sociais, Econômicos e Culturais é onerosa aos Estados, posto serem prestacionais, pois, os direitos sociais, implicam na obrigação dos governos de garantir condições igualitárias para todos os indivíduos (TRUBEK, 1984).

Assim tanto a edição dos Tratados de 1966 quanto na própria Declaração de 1948 parece proceder a crítica a dos Relativistas quando se efetivamente analisa que da cisão entre a liberdade e a igualdade, ajudando a impor os valores ocidentais aos povos não-ocidentais, sob uma bandeira de liberdade. De outro lado, a bipolaridade mundial dividira a sociedade em duas, cada qual com sua bandeira, proporcionada pela Guerra Fria entre Estados Unidos da América – EUA e União das Republicas Socialistas Soviéticas – URSS, que defendiam ideologias antagônicas e distintas (CANÇADO TRINDADE, 1997).

Para normas que tem a pretensão de universalidade haveria que se considerar uma maior participação e discussão de um maior número de países, especialmente no seu cerne formador. E seria de supor que os direitos ali entabulados a partir de uma concepção filosófica ocidental seriam incompatíveis com várias práticas culturais praticadas nos demais cantos da terra.

3. A DIFICULDADE UNIVERSALIZAR OS DIREITOS HUMANOS DA DECLARAÇÃO DE 1948 PELA AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO CULTURAL EM SUA ORIGEM

A criação inicial sem a consideração da diversidade cultural é um problema a ser enfrentado para a efetividade da Declaração de 1948 e de seus Tratados e de todos os direitos

acrescidos. Uma vez impregnados com valores ocidentais, os direitos humanos parecem a muitos povos muito mais uma cruzada civilizatória do que a proteção mínima aos seres humanos.

Com efeito, pesa sobre a Declaração de 1948 e principalmente sobre os Pactos tratados em 1966 e todos os demais direitos advindos deste sistema a ausência de discussão cultural. A democracia, ainda que o regime mais afeito a justiça, precisa de um sistema de representatividade que efetivamente permite a discussão de suas bases filosóficas, com a consideração da diversidade cultural, pena de carregar o fardo de colonizadora.

De certa forma, prevaleceu o ideal dos capitalistas, mesmo após 18 anos de discussões, ou, no dizer de Costas Douzinas (2009): "a tentativa de se produzir uma declaração inclusiva e obrigatória foi abandonada [...] Os direitos humanos, acompanhando as prioridades ocidentais foram hierarquizados".

Um exemplo desta dificuldade foi a Convenção de Viena de 1993, promovida pela ONU exatamente com fito a confirmar a universalidade dos Direitos Humanos. A anuência de 171 países ali presentes e a produção do texto concorde com o objetivo universalista teve que contar com uma abertura a particularidades culturais nos direitos humanos, fato que remete a discussão de um mínimo comum e universal, conforme se destaca da referida Convenção:

> 5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (VIENA, 1993).

O aparente consenso traz, na verdade, permeabilidade aum pretenso sistema universal de direitos humanos, especialmente na parte final do dispositivo, constituindo muito mais uma norma vazia que aberta. Ao analisar o referido dispositivo e compará-lo a Reunião de Bangkok, preparativo para Conferencia de Viena de 1993, verifica-se a diferença de contextualização, sendo uma disposição diferente e demonstrando o caráter apenas político das discussões:

> 7. Reconhece a universalidade, objetividade e não-seletividade de todos os direitos humanos e a necessidade de evitar a aplicação de padrões distintos na implementação dos direitos

> humanos e sua politização, e que nenhuma violação de direitos humanos pode ser justificada.
>
> 8. Reconhece que enquanto os direitos humanos são universais em sua natureza, eles devem ser considerados num contexto de um processo dinâmico e envolvente de produção de normas internacionais, que leve em consideração a importância das particularidades nacionais e regionais, e os diversos históricos culturais e religioso

A diferença de contextualização transita de uma reunião para outra, "coloca a questão da universalidade e das diferenças políticas, econômicas e culturais noutro contexto, diferente daquela adotada em Viena" (MORE, 2007). A dificuldade dos direitos humanos ao desconsiderar o debate cultural se torna clara, pois redunda numa determinação vazia.

A conformação parece mais envolver do que considerar as posições culturais no processo de libertação, e partindo sempre do mesmo cerne não democraticamente discutido, que de Declaração de 1948 e com a permissiva libertária dos Pactos de 1966, tem-se a aplicação de possibilidade de escolhas, mas escolhas ocidentais, eis que pautadas pela liberdade, premissa de valoração individual concebida no sistema ocidental de direito individuais. Aos não-ocidentais cabe aceitar a crítica dos direitos ali inseridos serem *top down*.

A crítica a concepção filosófica ocidental da Declaração de 1948 acaba por impedir a sua discussão e é justamente esta formulação que, aplicada fora do contexto ocidental, gera o que para os ocidentais é descumprimento e para os não-ocidentais imperialismo. A concepção universal, neste ponto, é ocidental, uma vez que o mundo é marcado pela diversidade cultural, devendo ser considerada na formulação de um documento com esta pretensão.

O debate cultural afeta diretamente as questões mais profundas dos Direitos Humanos, sendo de destacar o surgimento de discursos sem o devido arcabouço cultural mundial e, portanto, despido da aceitação pretensamente universal. Um exemplo interessante é dadopor More, 2007, quando questiona a legitimidade de uma Organização Não Governamental – ONG ocidental, nos dias atuais, de questionar a violação de direitos humanos por um determinado país não ocidental:

> Não nos parece legítima porque a referência às significativas singularidades nacionais e regionais e às variadas experiências históricas, culturais e religiosas são reduzidas a letra morta quando se declara o dever do Estado de promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais, a despeito de seu sistema político, cultural e econômico, como se estes não dependessem a implementação daquelas.

Efetivamente, seria o mesmo que uma ONG árabe questionar a ofensa dos direitos do islã ao permitir determinada conduta proibitiva àquela religião, que em determinados países se confunde com a própria Constituição.

Apesar do pretenso universalismo, a desconsideração de um debate cultural comprometeu a aceitação dos destinatários das normas de direitos humanos, o que num conjunto de Estados ainda sob a vigência da soberania torna sua eficácia comprometida. Ao mesmo tempo, permite uma exploração de cunho econômico pelos países ocidentais sob a bandeira "libertadora" e "civilizatória", a despeito das práticas culturais diversas, desconsideradas e aviltadas.

4. UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL: EXPLICAÇÕES DE UMA NORMA PRODUZIDA SEM O DIÁLOGO CULTURAL

O embate entre relativistas e universalistas é uma discussão que deveria ser tratada anteriormente a norma e não sob a norma pronta. Com efeito todos os argumentos elencados de parte a parte podem ser acolhidos por uma tese de que a filosofia por detrás dos Direitos Humanos é a filosofia ocidental e que, enquanto produto da cultura ocidental, não contém valores culturais das culturas não ocidentais, sendo desprezadas as suas expressões culturais e filosóficas.

Um dos principais argumentos dos Relativistas é exatamente aquele de que por traz dos direitos humanos se esconde uma política imperialista ocidental, uma normatização *top down*. Ressalta este grupo que os direitos humanos são incompatíveis com várias práticas culturais não ocidentais, demonstrando a preponderância da cultura ocidental em detrimento das demais culturas, ao invés de procurar compatibilizá-las.

A este argumento respondem os universalistas asseverando que a maioria destas práticas é usada para a perpetuações de situações de ditaduras de regimes violentos e violadores exatamente dos direitos humanos, como ressalta Jack Donnelly (1999):

> Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, antissemitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito, ainda que seja considerada uma tradição.

Em que pese os argumentos serem equivalentes, a discussão é sob um viés cultural que deveria ser prévio ao debate, de forma a compatibilizar posições e autorizar o argumento universalizante, bem como as ações em nome da liberdade, que são as únicas tomadas de plano nas intervenções.

Reforçando a disputa imperialista, os universalistas ainda asseveram que parte do imperialismo de que são acusados os direitos humanos seria, na verdade, inerente ao jogo de poder do direito internacional, conforme assevera André Carvalho Ramos (2005):

> à crítica deve recair não sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim sobre as próprias características da sociedade internacional, cujos atores principais, Estados, são, ao mesmo tempo, produtores, destinatários e aplicadores da norma internacional, podendo, então, interpretá-la de modo unilateral para atingir seus fins.

A este argumento respondem os relativistas reforçando a concepção de que se trata de mais uma prática atrelada ao imperialismo ocidental sob a bandeira de direitos humanos, enunciando os diversos exemplos dos países como Estados Unidos e Inglaterra nas suas ingerências pacificadoras e democratizadoras como também destaca Ramos (2005) sobre a conveniência da utilização do discurso dos direitos humanos como instrumento de justificativa de políticas de relações exteriores de diversos Estados Ocidentais "que se mostram incoerentes em vários casos, omitindo-se na defesa de direitos humanos na exata medida de seus interesses políticos e econômicos", intervindo ou não, sob esta justificativa.

Neste caso o conhecimento e o debate cultural mais uma vez, poderia socorrer a proposta interventiva, dotando a comunidade internacional de argumentos locais para a medida, aceita passivamente pelas populações envolvidas, dissuadindo dúvidas e promovendo os direitos realmente cabíveis. Como já destacado a representatividade é um fator chave na discussão, sendo certo que a filosofia ocidental difere da não-ocidental, sendo o fator cultural determinante nesta discussão e na inclusão da diversidade na norma.

Alegam ainda os relativistas que as normas de direitos humanos são baseadas na visão antropocêntrica do mundo, o que difere da visão teológica predominante em outras culturas. Assim, a definição dos valores e sua transposição para o mundo deontológico dos direitos humanos "universais" seria desrespeitado, a menos que compatibilizasse as diversas formas de cultura, sendo defendido pelos mais radicais até a impossibilidade de um denominador comum neste sentido.

Contra este argumento, os universalistas asseveram sobre a que os direitos humanos não têm a pretensão de abranger a todas as diferenças, mas apenas se tratam de conceitos jurídicos e normativos que estabelecem o *ethos* de liberdade no regramento da vida em sociedade, não competindo nem servindo como substitutos às convicções religiosas. Defendem ainda o estabelecimento de um núcleo mínimo de direitos dos quais procederia uma salvaguarda de direitos mínimos globais. É exatamente neste ponto que se verifica a ampla necessidade do debate cultural, posto ser qualquer tipo de norma estabelecida sem a participação do destinatário vazia de sentido, e produzida sem o respeito a sua condição humana. A necessidade debate cultural prévio é indispensável.

Ainda quanto a discussão entre relativistas e universalistas, destaca Donnelly (2003) que o individualismo ocidental contrasta com a concepção não ocidental de dignidade humana, provocando um choque inevitável de direito do indivíduo com direito do grupo. Desta forma, tem-se que "os direitos relativos aos indivíduos tendem, obviamente, a ser mais individualísticos em sua realização e efeitos que os direitos concernentes a grupos".

A diferença cultural é fundamental e deve refletir na filosofia, posto ser esta produto da cultura, conforme apontamento de Jack Donnelly *apud* Piovesan (2011) ao asseverar sobre a diferença entre o individual e o coletivo para ocidentais e não-ocidentais:

> A concepção não ocidental também aponta essa diferença. Por exemplo, Asmaron Legesse escreve que uma diferença crítica entre a África e as tradições ocidentais refere à importância que esta última atribui aos indivíduos em si. Nas democracias liberais do mundo ocidental, o titular primeiro de direitos é a pessoa humana. O indivíduo assume uma posição quase sagrada. Há uma perpétua e obsessiva preocupação com a dignidade do indivíduo, seu valor, autonomia e propriedade individual (...) Escrevendo a partir de uma perspectiva islâmica, no mesmo sentido, Ahmad Yamani observa que o Ocidente é extremamente zeloso na defesa de liberdades, direitos e dignidade individual, enfatizando a importância de atos exercidos por indivíduos no exercício desses direitos, de forma a pôr em risco a comunidade.

Os universalistas, arraigados na formação dos direitos ocidentais oponíveis aos Estados, destacam, defendem a visão individualista colocando o indivíduo em oposição ao Estado, destacando a sua fragilidade nesta relação e os casos em que este é oprimido por aquele. O argumento neste caso não enfrenta a questão cultural, e apensa convalida a opção de filosofia ocidental, desprezando o debate cultural.

Conforme se verifica, em todos os argumentos aventados pelas teses universalistas e relativistas falta a definição de uma proposta de consideração cultural. Ambas as vertentes que procuram abordar a natureza dos direitos humanos peca pela conveniência com valores pré-editados em detrimento de um debate cultural prévio. Assim, as normas advindas do

Sistema ONU pecam por se ater apenas ao conceito de liberdade num pano de fundo econômico e desenvolvimentista, os negadores desta liberdade defendem um fechamento impossível de sistemas, que pelas condições tecnológicas estão cada vez mais abertos (globalização, *internet*, migrações e transnacionais, por exemplo).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diversidade cultural deve fazer parte da formação das normas e não objeto de condições e acertos posteriores, pena de sua hodierna não aceitação universal.O universalismo dos direitos humanos, apesar de seu inúmeros adeptos, não enfrenta diretamente a questão da diversidade cultural global, tampouco possui em sua base a discussão cultural necessária a edição de suas normas, o que compromete a efetividade de suas normas, especialmente no campo da aceitação.

O relativismo o cultural não foi construído sob uma solução que permitisse o inevitável encontro de culturas, sendo esta talvez sua grande limitação, num mundo globalizado.O embate entre relativistas e universalistas é feito sob um plano de normas editadas sem a devida consideração da diversidade cultural, o que acaba por esvaziá-lo. Sem normas devidamente discutidas em seu plano valorativo, as discussões se tornam estéreis, dado não encontrar supedâneo filosófico que as sustente.

Efetivamente, o destinatário das normas de direitos humanos não é afetado pela norma, pois se sua cultura não foi considerada em sua elaboração, não lhe será afeita, por não lhe afetar senão como uma eventual caridade ou como uma invasão de sua tradição. O destinatário da norma, num ambiente regido pela política e pelo conteúdo econômico somente é um número, tal qual seriam os soldados nas Guerras Mundiais. A norma que não considera o perfil do destinatário é tirana, ainda que queira o bem deste destinatário, uma vez que não considera o que este destinatário entende como bem.

A conformação de padrões culturais que possam embasar conceitos como a dignidade da pessoa humana respeitando a diversidade cultural é um desafio sequer aventado numa ordem de primazia econômica, mas que redunda em respostas sociais trágicas, como o próprio terrorismo. Sob a bandeira de universalizar a dignidade humana pode-se atropelar a dignidade de muitos humanos.

Necessário pois o debate cultural prévio a edição da norma e uma revisitação das normas de Direitos Humanos para que desde sua origem haja respeitoe inclusão de toda a

gama cultural possível no seu espírito formador, na filosofia da norma, pois somente assim se criará o verdadeiro respeito pelas normas de direitos humanos por todas as culturas.

6. REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997. v. 1.

DONNELLY, Jack. **Human Rights and Asian Values: A defense of "western" Universalism**. In BAUER, Joanne. R. and BELL, Daniel A. (Editors). The Asian Challenge for Human Rights. Cambridge: CUP, 1999.

DONNELLY, Jack, Human rights and human dignity: An analytic critique of now-western conception of human rights, in PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional dos Direitos Humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 208.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MORE, Rodrigo Fernandes. **Os direitos humanos na Ásia Oriental**. São Paulo, p. 15-17, 2007.

TRUBEK, David. "Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs". In: T. Meron (ed.). **Human Rights in International Law:** legal and Policy Issues. Oxford, Claredon Press, 1984.

Ocupação de espaços urbanos: a Ciência e a filosofia em tempos de Democracia

Rachel Lopes Queiroz Chacur[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Métodos utilizados para o desenvolvimento do trabalho. 3. Conflitos de interesses e Democracia. 4. O direito à moradia e as ocupações. 5. O que a Ciência deve contribuir para com a temática das ocupações por direito à moradia? 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1.Introdução

A evolução da Ciência ocidental demonstra um avanço nas discussões acerca do sujeito e seus espaços de participação, no meio ambiente.

Desde os pré-socráticos até os representantes da linha filosófica da ciência contemporânea reforçam a necessária contextualização do objeto de pesquisa e o sentido de pertencimento do sujeito nos mais variados espaços do ecossistema e em sociedade.

No início, os pré-socráticos (século VI a.C) tinham uma visão de separação do objeto e o sujeito, considerando uma visão dicotômica no desenvolvimento de ensaios e estudos, seja para com o próprio conhecimento ou com o meio. Em que o discurso valia com sentido de poder e dominação, daquilo que é métrico e controlável.

No período da Ciência Moderna, o conhecimento científico, investigava a realidade do objeto e sujeito de pesquisa através da observação, indução e dedução, com inferências e análise descritiva do objeto, sem qualquer interferência do pesquisador, pautado em parâmetros métricos e equacionais, com estratégias quantitativas. No período da Ciência Contemporânea, o conhecimento científico é construído pela percepção e vivência da realidade, por meio da interconexão da realidade fática, relatos, experiências, reflexões e pensamentos,considerando a análise do contexto e esse processo dialético transformador da própria ação dos sujeitos e de seu meio.

Essa abordagem reflexiva traz aos cientistas a noção de desenvolvimento das concepções filosóficas da Ciência, principalmente, considerando o objeto e sujeito

[1] Doutoranda no Programa de Ciências Ambientais/ UFSCar e Advogada.

interconectados para se comporem em unidade e complexidade, em uma relação dialógica e dinâmica de mudanças para um novo tempo.

As questões afeitas a forma de visões de mundo levam os envolvidos nos conflitos de interesses a uma polaridade ou autonomia de pensamento, somente por meio da Educação ambiental é possível atingir a emancipação e autonomia.

Ao tratar da temática complexa de conflitos fundiários urbanos vêm à tona a clareza do distanciamento de compreensão do fato, como objeto de estudo para elencar sugestões positivas para aquela comunidade e a irrelevância das condições dos sujeitos vulneráveis frente a fala de ordem hierárquica do Estado, como detentor de resolução destes conflitos.

Nesta ótica positivada da Ciência fica o desafio para a Educação ambiental formar e conduzir os sujeitos, de forma emancipatória para com o seu envolvimento nas soluções de problemas e compromisso para com uma causa individual e coletiva, em que suas contribuições levarão ao intransponível diálogo inclusivo e participativo, no meio social.

2.Métodos utilizados para o desenvolvimento do trabalho

O desenvolvimento da elaboração do ensaio teórico embasado em amplo referencial teórico debatido em Educação ambiental no Programa de Ciências Ambientais na Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), utilizando vasta bibliografia justificando as definições, os conceitos e linhas filosóficas, para levar a uma reflexão crítica sobre os fundamentos das Ciências ambientais, Educação ambiental coadunado ao objeto de estudo da tese da pesquisadora. Para tanto, foram utilizados textos integrais, registros em diário de bordo, leituras e debates em grupo e leituras complementares. Depois de cada finda leitura de textos, haviam encontros em salas de aulas para debater as percepções dos leitores sob várias vertentes e linhas ideológicas, em um espaço universitário aberto e democrático, com preferência de fala, porém, sempre com zelo na dinâmica de oitiva e fala nas contra-argumentações de raciocínio lógico. Sem dúvida, a experiência por meio de observação e desenvolvimento da própria coleta de dados e referências bibliográficas da tese trouxeram a interdisciplinaridade para o contexto das leituras e escritas, deste. À partir de um teste metodológico de ensino e pesquisa, trazendo a relevância daquilo que fora debatido, foi possível estabelecer algumas premissas de arcabouço teórico e empírico para demonstrar a viabilidade do argumento, tendo como reflexos e intenções na condução dos trabalhos, a metodologia utilizada por Malagodi (2009).

3.O direito à moradia e as ocupações.

O direito à moradia é direito fundamental garantido no artigo 6º, *caput* da Constituição Federal de 1988, configurando direito equiparado aos meios de subsistência básicos, como direito mínimo exigível de existência digna e saudável do ser humano.

Os direitos sociais são Direito fundamental estatuído na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se bem jurídico maior e universal, aplicado à todas as pessoas. Dentre os direitos sociais, intitulado encontra-se o direito à moradia digna.

Na década de 70, com a explosão demográfica e movimento migratório do êxodo rural para as cidades, houve uma expansão urbana desenfreada levando os cidadãos à moradias, em locais periféricos e precários ou provisórios em locais insalubres e temporários, configurando-se as tipologias de moradia com a própria residência, os cortiços, vilas e vielas, cômodos, entre outras (ROLNIK, 1997). Levando a marginalidade os espaços ocupados por parte da população brasileira (DUARTE; PAOLLI; 2004).

> Esta forma de luta [dos moradores de cortiços] é uma das mais desorganizadas, apesar de ser um dos lados mais espoliativos da questão da moradia popular. Parcela mínima deste contingente está organizada junto com os moradores das favelas, no Movimento Unificado [de Favelas]. Outra parcela, expressiva, engrossa as ocupações de terra. A organização autônoma quase não existe, com algumas exceções, de cortiços em áreas centrais, assistidos por comunidades religiosas, um tanto quanto tradicionais em suas práticas. O exemplo recente do despejo dos moradores dos cortiços da rua da Assembléia, na Bela Vista, região central de São Paulo, demonstra a inexistência de organização, pela facilidade com que o poder público expulsou os moradores da região (GOHN, 1991: 66).

Atualmente, são aproximadamente 8 milhões de déficit de moradia no Brasil (IBGE, 2012), o que leva a um contexto de tensões e conflitos pelo espaço de habitação, como primordial para qualquer cidadão, no país.

No entanto, o advento de acidentes emblemáticos, como o Caso de "Mariana", no estado de Minas Gerais MG, e o Caso do "Desabamento do Prédio Wilton Paes de Almeida", no largo Paissandu, no Centro da cidade de São Paulo SP, em que todos afetaram a questão da moradia. Em um primeiro momento, levaram a comoção geral da sociedade. Entretanto, logo após, houve uma polarização de cunho ideológico de criminalização dos movimentos sociais habitacionais dispensando qualquer senso crítico e prévio conhecimento sobre o tema relevante objeto da demanda social. Isto reflete, a própria formação dos cidadãos ao zelar pelos seus espaços, meio ambiente e senso de comunidade.

O contexto traz à tona a necessidade de abertura de debates sobre o tema, longe de cunho ideológico partidário, em uma situação de divergências, porém, de consonância pelo dissenso no debate.

É preciso descoisificar os sujeitos considerando o ser humano como objeto de pesquisa a ser estudado como parte do meio ambiente, ao invés de torná-lo o próprio objeto de provação e testes de hipóteses argumentativas de elocubrações discursivas, para se chegar a conclusivas retóricas, sem o condão de trazer os benefícios do desenvolvimento cientifico, para a sociedade.

Faz-se necessária uma nova ética ambiental, em que o sujeito seja concebido pelo seu todo, o qual o individualiza em seus direitos, sem omitir de sua essencial integração com o complexo meio ambiente.

É tempo de inovar o recomeço de uma nova era de pertencimento do sujeito como um elo de interconexões para com todo o ecossistema.

> (...) cada realidade individual é uma manifestação deste Todo, que se individualiza e se concretiza em unidades autônomas, como os homens, os animais e o meio ambiente. Daí se deduz que todos os seres estão intimamente interligados, embora cada um mantenha sua dignidade de realidade singular na plenitude de sua especificidade.
>
> Isto significa que não é correto falar em supremacia do homem sobre o meio ambiente. Ambos constituem uma unidade, de forma que a saúde de um depende da do outro. E mais, "se uma parte do Todo se anulasse, tudo se aniquilaria"(FERREIRA, 1997, p. 535). Tampouco é justificável que o homem imponha e generalize os seus valores, inevitavelmente particulares. Este procedimento é abusivo e falso. Os valores éticos devem ser pensados globalmente, baseando-se em toda a natureza.

> Em síntese, é este sentido da parte com o Todo que torna Espinosa tão próximo dos problemas ecológicos contemporâneos, explicando por que seu pensamento tem sido usado como "fundamentação da ética ambiental" (Ibid., p. 534).

Essa autonomia emancipatória do Sujeito, somente ocorre por meio da Educação ambiental, pela educação em todos os espaços urbanos, para fazer valer o exercício da cidadania, a participação democrática e a obtenção de direitos pela demanda da própria sociedade.

4.Conflitos de interesses e Democracia.

O contexto traz à tona a necessidade de abertura de debates sobre o tema, longe de cunho ideológico partidário, em uma situação de divergências, porém, de consonância pelo dissenso no debate.

Os conflitos ambientais e fundiários urbanos mantém uma complexidade de sujeitos e bens envolvidos na tensão pela detenção da posse ou propriedade, trazendo a categoria multidisciplinar, interdisciplinar e multidisciplinar o ramo das Ciências ambientais, composta por diversos eixos de comunicação dos microssistemas legais no ordenamento jurídico pátrio (GIRAD, 2012).

Diante da tensão de relações sociais promovendo a demanda social sobe ao patamar a necessidade de ajustes de conflitos emergentes envoltos do bem maior da vida comunitária, solitária e pacífica, levando a categoria de direito fundamental da moradia digna aos cidadãos (CANOTILHO, 2012).

O Direito por si justifica a autotutela confrontando o significado do Estado de Direito como algo meramente normativo e posto em dispositivo legal, sem o cunho de participação democrática na tomada de decisões dos cidadãos frente a esses conclâmos de direito mínimos (LEAL, 2010).

A centralização do Poder Judiciário para a resolução de tensões e disputas conflitivas pelo objeto da causa da ação revela a centralidade de poder hierárquico posto de tomada de decisão levando a qualificação de resistência somente no espaço do processo judicial, considerando-o mister para a pacificação social (CARNELUTTI, 2010). Com esse entendimento, simplesmente sonegam os importantes fatores de tensões prévias sociais, os

quais estabelecem a ruptura da hierarquia e uma horizontalidade de momentos de diálogo entre os pares daquela realidade posta, distinguindo-o e descrevendo-o como ele o é, pela experiência daqueles que convivem com a mazelas sociais e econômicas, do espaço urbano.

A evolução científica demonstra pelos teóricos da Ciência contemporânea a necessidade da demonstração do jogo de tensão nas relações dialógicas e conflituosas dos sujeitos envolvidos com o objeto demandado, em um espaço democrático de fala e oitiva, geralmente, em locais públicas e abertos, para contemplar a vida privada e pública, tendo como última resposta a provocação do poder judiciário (OLIVEIRA, 2016).

A legitimação da fala no debate pelos sujeitos envolvidos pela experiência vivida traz um novo olhar sobre a condução das pesquisas em Ciências ambientais, tendo como norte a educação ambiental contínua e formativa, com o objetivo de esclarecimentos e autonomia, em busca da igualdade substancial e o direito material. Nos seus próprios meios e espaços, de forma espontânea e originária da experiência (THOMPSON, 2007), para à posteriori adequar em fundamentos e ritos, no equacionamento final de solução do conflito urbano.

É preciso o resgate do discurso originário para um argumento válido e legitimação dos agentes, para posterior, solução de conflitos, com a dimensão de fala viva provida da experiência, para enfim, obter a meta pacificação de conflitos (HEIDERGGER, 1967).

> A palavra *physis*, por sua vez, diz mais do que aquilo que nós consideramos a física, ou o mundo físico. Este "mais" diz respeito a um sentido de abrangência, e também mostra uma experiência do real que só foi possível porque estes pensadores pensaram numa *dimensão de pensamento* diferente da dimensão na qual pensamos na modernidade. No sentido da abrangência, pertence à *physis* tudo que é, em qualquer nível de ser: uma pedra, uma planta, o ser humano, mas também um sentimento, um deus, tudo que é uma expressão de *physis*. Mas embora designe a totalidade do real em qualquer nível de ser, o sentido de *physis* não se traduz como a soma aritmética de todas as coisas.
>
> Em outro nível, a própria palavra *physis* provém de um verbo, *phuein*. Este tem o sentido de jorrar, brotar, espocar, como uma fonte que jorra ou uma vegetação que brota. O crescimento espontâneo pelo qual algo vem a ser o que é, não por imposição de um fator externo, mas por uma força que lhe é inerente. Nesta compreensão, cada ser (e a totalidade do que existe) é experienciado como uma

> manifestação desta dinâmica de surgimento. À *physis* pertencem o céu e a terra, a pedra e a planta, o animal e o homem, o acontecer humano como obra do homem e dos deuses, e os próprios deuses, como a expressão mais brilhante da *physis*, sua ontofania. E sobretudo, o que esta palavra evoca não é somente a pedra e a planta, o deus e o homem, mas ao próprio "surgir". Nos indica que a experiência do real vivida pelos gregos daquela época é a experiência da realização, do constante vir-a-ser, que se presentifica incessantemente ao olhar admirado do ser humano. A procura da *archê* é o princípio que acompanha e constitui a dinâmica essencial deste manifestar; é o princípio, a lei unificadora, a fonte perene deste emergir.

A responsabilidade integrada e cidadão traz junto aos órgãos estatais e administrativo a legitimação daquilo demandado pelos legitimados, como algo genuíno mais próximos a verdade.

5.O que a Ciência deve contribuir para com a temática das ocupações por direito à moradia?

A concepção cartesiana de Descartes persiste no desenvolvimento de projetos científicos, em pleno século XXI, em que vale a hipótese refutada ou confirmada sobre premissas metodológicas restritas a técnica instrumental e equações matemáticas ou sistemas bióticos, relevando a centralidade do Homem no meio ambiente (KANT; BACON; DESCARTES).

No mesmo sentido, outros pensadores e filósofos trouxeram evolução científica para o conhecimento, culminando nas contribuições dos representantes clássicos da Ciência contemporânea (SPINOSA; ARENT; FREIRE; THOMPSON).

O avanço da tecnologia não necessariamente pressupõe evolução científica. Neste espaço de criação dita inovação tecnológica esqueceram do principal objeto de qualquer pesquisa em ciências ou ciências ambientais, o Homem.

O Homem visto em sua unidade, porém, também em sua integração com a natureza. O Homem em sua totalidade para manter o ciclo biológico natural e equilibrado do ecossistema atingindo o meio ambiente sustentável (KANT).

Seria possível que a felicidade dos seres racionais no mundo fosse um fim da natureza e então seria também o seu último fim. Pelo menos não se pode a priori compreender por que razão não deveria a natureza ser desse modo organizada, pois que através do seu mecanismo seria perfeitamente possível este efeito, ao menos tanto quanto nós compreendemos. Mas a moralidade e uma causalidade que lhe está subordinada segundo fins é pura e simplesmente impossível mediante causas naturais. Na verdade, o princípio da sua determinação, em relação ao agir, é supra-sensível e por isso o que é unicamente possível na ordem dos fins. Tal princípio é em relação à natureza pura e simplesmente incondicionado e desse modo o que somente qualifica o sujeito da moralidade como fim terminal da criação, ao qual a natureza, no seu conjunto, se encontra subordinada. A felicidade, pelo contrário, tal como mostramos no parágrafo anterior a partir do testemunho da experiência, nem é mesmo um fim da natureza em relação aos homens, com um privilégio face às outras criaturas. Grande erro será pensar que ela deveria ser um fim terminal da criação. Os homens têm sempre a possibilidade de fazer dela o seu fim subjetivo último. Mas quando pergunto pelo fim terminal da criação, isto é, para que <wozu> têm que existir homens, trata-se então de um fim objetivo supremo, como o exigiria a suprema razão, no que diz respeito à sua criação. Ora, se respondermos que é para que existam seres, aos quais aquela causa suprema possa ser benfazeja, então entramos em contradição com a condição à qual a razão do homem subordina mesmo o mais íntimo desejo de felicidade (nomeadamente a concordância com a sua própria legislação moral interna). Isto prova que a felicidade só pode ser fim condicionado e que por isso o homem só pode ser fim terminal da criação na qualidade de ser moral. Mas no que concerne à sua situação, só como consequência se lhe liga a felicidade, conforme o acordo com aquele fim, enquanto fim da sua existência.

Apesar de inúmeras contribuições dos filósofos que levam a reflexão aprofundada da alma para com o corpo vislumbrando a desmistificação da coisificação do ser humano (SPINOSA, 1957), as emoções e tensões do ser humano (FREUD, 1969), a autonomia da fala e devir-ser um novo (ARENDT, 1999), o estabelecimento do diálogo como meio de emancipação e autonomia do homem (FREIRE, 1996) e a constatação da experiência como pressuposto de validade de argumento e verdade (THOMPSON, 1983).

> Freire (2005) o *diálogo* verdadeiro implica o pensar ético, a ação politicamente comprometida com o *outro*, em que não existe a dicotomia entre Homem e Mundo, mas a inquebrantável solidariedade que, criticamente, analisa e intervém, captando o dever da realidade e superando o pensamento ingênuo.

O acesso à moradia digna ultrapassa o entendimento técnico-científico e instrumental do direito, para conduzir a um novo começo de diálogo, tensões, pressões e resistência, para um novo devir-ser no *status* de poder institucionalizado ou não-institucionalizado, na sociedade contemporânea.

Na realidade o direito à moradia é meta-linguagem do significado de valor imbuído da consciência e inconsciência humana, o que supera qualquer conhecimento, para atingir o patamar da proteção do direito e entrega da tutela.

> Consciência, para Rousseau, é "um princípio inato de justiça e virtude de acordo com o qual, apesar denossas próprias máximas, julgamos boas ou más nossas ações. (...) Os atos da consciência não são julgamentose sim sentimentos. Embora todas as nossas idéias nos venham de fora, os sentimentos que asapreciam estão dentro de nós e é unicamente por eles que conhecemos a conveniência ou a inconveniência que existe entre nós e as coisas que devemos respeitar ou evitar" (Emílio ou da educação, p. 335-7)

A trajetória da evolução histórica das legislações no Direito ambiental e urbanístico, em âmbito nacional e internacional, refletem o foco no Homem e o seu bem-estar, refutando as expressões de bem comum, para promoção da solidariedade entre os povos e a promoção do meio ambiente sustentável, equilibrado e solidário.

É preciso que o homem tenha entendimento de que faz parte de um todo, em que ele não é o centro do mundo e faz parte de uma complexa rede de coisas e objetos, para que nesta integração da natureza, com significado para a ciência e vínculo a algo divino ou meta, busque pela felicidade.

> Quando o homem sente que aumenta a sua potência (liberdade) de existir, é afetado por sentimentos de alegria; se essa capacidade é reprimida, ele é dominado por paixões tristes (tristeza, medo, humilhação). O primeiro, de acordo com Espinosa, é o estado de maior perfeição, porque está associado às afecções ativas (autonomia), e o segundo, o de menor perfeição, porque favorece a inatividade e a servidão. Dessa forma, ele identifica felicidade e liberdade, colocando-as no reino das necessidades humanas básicas e da ética.

Acrescenta que, a Educação ambiental contribui na recuperação da importância das emoções e desenvolvimento humano e social, colocando a afetividade como superação de todas as adversidades do poder, da centralidade do indivíduo e contemplando o coletivo e social (SPINOSA,1957).

Do mesmo modo, é fundamental a aproximação do observador cientista nos espaços urbanos de tensões, medos e desejos, para criar um diálogo de historicidade (MARX, 2006) e compreender o jogo de acomodação e desacomodação das relações conflitivas, naquele determinado processo de conflito fundiário urbano criando uma nova Educação (FIGUEIREDO, 2013).

Em tempos de crise ambiental remontam-se os significados das coisas e objetos. Neste turbilhão de movimentos e tensões, se estabelecem a Revolução (HEIDEGGER, 1967), longe de conceitos e preconceitos, um novo conceito surge por meio do diálogo (FREIRE, 1996), em uma dimensão do todo, considerando o sujeito em um constante processo de relação dialética e dialógica, sempre em busca daquilo que intrinsecamente o constitui de frustrações e demanda.

> Nesse sentido, o sujeito não é um mero signo, ele exige o reconhecimento do outro para se constituir como sujeito em um processo de relação dialética e dialógica. Não é a presença das funções psicológicas superiores que determinam a especificidade do sujeito, mas as interconexões que se

> realizam na consciência pelas mediações semióticas que manifestam diferentes dimensões do sujeito, entre elas: a afetividade, o inconsciente, a cognição, o semiótico, o simbólico, a vontade, a estética, a imaginação etc. O sujeito constituído e constituinte nas e pelas relações sociais é o sujeito que se relaciona na e pela linguagem no campo das intersubjetividades, pois ele se apropria da experiência dos outros sujeitos não somente em condições de interação imediatas, mas, também, por meio de intersubjetividades anônimas.

No caso da vulnerabilidade pelo acesso à moradia, o sujeito se coloca com a "consciência quase-social", aonde não detém o essencial do mínimo da vida digna, afastando qualquer meio impugnativo e superando os argumentos postos no entrave político, para prevalecerem as falas dos cidadãos e a sua dignidade.

> A palavra "social" aplicada à nossa disciplina tem grande importância. Primeiro,no sentido mais amplo, significa que todo o cultural é social. A cultura éprecisamente um produto da vida social e da atividade social do ser humano; porisso, a própria discussão do problema do desenvolvimento cultural da conduta nos leva diretamente ao plano social de desenvolvimento. Além disso, poderíamossalientar que o signo, que se acha fora do organismo, como uma ferramenta, estáseparado da personalidade e serve em sua essência ao órgão social ou ao meiosocial.
>
> Poderíamos dizer, por outra parte, que todas as funções superiores não são produtos da biologia, nem da história da filogênese pura, e sim que o própriomecanismo que subjaz nas funções psicológicas superiores é uma cópia do social.Todas as funções psicológicas superiores são relações interiorizadas de ordem social,são o fundamento da estrutura social da personalidade.

É a experiência daquilo que é vivo nos movimentos sociais, por meio da Política, que mantemos a cultura de uma comunidade e a sua identidade. É por meio da participação popular que se faz democracia, a qual pressupõe um Estado de Direito, em bases concretas e sólidas normativas para oferecer o objeto de direito demandado ao Sujeito.

> A cultura como o acrescentamento que o homem faz ao mundo que não fez. A cultura como resultado do seu trabalho. Do seu esforço criador e recriador. O sentido transcendental de suas relações. A dimensão humanista da cultura. A cultura como aquisição sistemática da experiência humana. Como uma incorporação, por isso crítica e criadora, e não como uma justaposição de informes ou prescrições 'doadas'." in Educação como prática da liberdade (FREIRE, 1980, ps.109).

A ação humana é pressuposto de todos os movimentos da terra como marco originário da ciência natural mantendo a simbiose para com os eixos do meio ambiente estabelece a recriação no sistema, possibilidade pela revolução, novos entendimentos e sempre um novo começo.

> A Ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na terra e habitam o mundo. Todos os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição de toda a vida política (ARENDT, 2000a).

Os movimentos sociais pelo direito a moradia é a manifestação da própria cultura de um povo, seja pela preposição ou negação de um núcleo vulnerável, em que os grupos se reúnem em torno de uma identidade de projeto ou demanda para obter bens materiais e imateriais, redefinindo suas posições em sociedade através da construção de uma nova identidade (CASTELLS, 1999). Neste devir-ser constroem a própria história, à partir de seus relatos e experiências pessoais, para buscar novos significados para a identidade coletiva, trazendo uma internalização de suas ações a cultura, daquele grupo.

Essa construção dialógica e dialética transforma o homem e seu grupo, trazendo uma nova estrutura horizontal na formação de sua história, de épocas em épocas ou momentos de crise. Para tanto, é necessário o estabelecimento da interlocução dos sujeitos em seu grupo, trazendo à baila o conhecimento individual e coletivo, para cumprir uma relação de compromisso para com os mesmos fins.

> É nesse agir-conhecer sobre o mundo, transformando-o, que o Homem cria sua cultura ("estrutura vertical") e na medida em que esse mundo da cultura se entrelaça com as transformações ocorridas em outras épocas, constrói sua História ("estrutura horizontal"). Todavia, toda essa construção exige uma condição indispensável: a intercomunicabilidade. O Homem não está sozinho em seu mundo e o ato de conhecer um objeto não se reduz simplesmente na relação entre esse homem e o seu objeto de conhecimento. Sem a relação comunicativa entre sujeitos cognoscentes em torno do objeto cognoscível, desapareceria o ato cognoscitivo´ (Freire, 1979:65).

> (...) É neste movimento de encontro entre os homens que a subjetividade individual abre passagem para a intersubjetividade do coletivo. Intercomunicar-se é colocar em comunicação as diversas subjetividades em função de uma relação gnosiológica" (AMARAL, 2002 *apud* FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido,* 2005).

A Educação ambiental é a complexidade destas informações sobre a condição da terra e humana, em um processo dialético e dialógico de troca de experiências e relatos (FREIRE, 2005).

> [...] uma ação educativa que deveria estar presente, de forma transversal e interdisciplinar; articulando o conjunto de saberes, formação de atitudes e sensibilidades ambientais.
>
> [...] importante mediadora entre a esfera educacional e o campo ambiental, dialogando com os novos problemas gerados pela crise ecológica e produzindo reflexões, concepções, métodos e experiências que visam construir novas bases de conhecimento e valores ecológicos nesta e nas futuras gerações.
>
> [...] medição importante na construção social de uma prática político-pedagógica portadora de nova sensibilidade e postura ética, sintonizada com o projeto de uma cidadania ampliada pela dimensão ambiental (CARVALHO, 2004, pp. 24, 26 e 27).

É fundamental o fomento desta linha científica, em caráter disciplinar e interdisciplinar, como ponto de partida de instrumento de transformação e autonomia dos sujeitos, priorizando a proteção do meio ambiente, para a busca de um mundo novo.

6.Conclusão

Diante do exposto, a evolução filosófica demonstra a mudança de paradigmas da Ciência.

O ramo da Ciência em Educação Ambiental é primordial para promover do diálogo e o desenvolvimento de práticas dialéticas, com o fim de estabelecer uma ação educativa para a oferecer a informação, o conhecimento e desenvolver a autonomia dos sujeitos.

Na condução do diálogo e participação dos sujeitos nos espaços urbanos. É possível traçar novos métodos de envolvimento dos atores e sujeitos, para redes de reflexões, até a tomada de decisões.

Neste novo contexto comunicativo, a experiência será suporte do saber coadunado com as técnicas e dispositivos, levando a uma nova visão sobre a Ciência.

A Ciência perde o seu caráter meramente instrumental e matemáticos, avaliando situações que demandam valores, saberes, sensibilidades argumentadas embasada em relatos, rompendo com dados estatísticos em percentuais, para enfim, contribuir com a resolução dos problemas fundiários e ambientais urbanos.

Esse novo pensar e pesquisar é um caminho estabelecido como um projeto de exercício de cidadania, comprometida com a ética e a participação popular, para estimular o potencial dos sujeitos, resgatando o adjetivo de pertencimento ao espaço coletivo, como ente de ação e reflexão, para desvelar a realidade e trazer a ruptura daquilo posto.

Por meio da Educação ambiental urge a fronteira do conhecido e desconhecido da realidade trazendo pela ação libertadora, a realidade do contexto dos conflitos ambientais e fundiários, para a investigação e o conhecimento desenvolver-se à serviço do homem e do meio ambiente.

7.Bibliografia

ARENDT, H. **A condição humana.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000a.

_____. **Entre o passado e o futuro.** 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2000b.

ARENDT, H. **Crises da República.** São Paulo: Perspectiva, 1973.

_____. ***As origens do totalitarismo*: anti-semitismo, instrumento de poder.**Rio de Janeiro: Documentário, 1975-1976-1979.

_____. ***On revolution***. Westport, Connecticut: The Greenwood Press Publishers, 1982.
_____. ***Homens em tempos sombrios*.** São Paulo: Cia. das Letras, 1987.
_____. **Da revolução**. Brasília: UnB; São Paulo: Ática, 1990.
_____. **A dignidade da política**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.
_____. ***Sobre a violência.***Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
_____. ***Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Cia. das Letras, 1999.
_____. **O que é política?**Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
_____.***A vida do espírito*: o pensar, o querer, o julgar.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000c.
BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ed. Lejus, 1999. LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). Estudos continuados de teoria do processo : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari, volume 5. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2004. LEAL, Rosemiro Pereira Leal. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental.** 5ª edição revisada. São Paulo. Saraiva, 2012.
DESCARTES. **Discurso do método**[comentários: Denis Huisman]. Brasília: UnB, 1998.
ESPINOSA, B. *Ética*. 3 ed. São Paulo: Atenas, 1957. (Texto original, 1677). ***Tratado teológico-político.*** [Trad., introd. e notas Diogo P. Aurélio]. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1988. (Série Universitária, Clássicos de Filosofia).
FERREIRA, M. L. R. **A dinâmica da razão na filosofia de Espinosa.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian/Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1997.
FIGUEIREDO, Rodolfo Antônio de. **Educação para a Sustentabilidade: Novidade ou Resgate de um novo significado.** Revista Polêmica, vol. 2, abril/junho, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização 61**. Rio de Janeiro: Imago Editora. 1969. [Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud].
FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 28 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
_____.**Pedagogia do oprimido**. 42 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.
GIRARD, Jennifer, *Dispute Resolution in Environmental Conflicts: Panacea ou Placebo?* 1999, disponível em http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm, acessado em 28 de Março de 2018.
_____**. Pedagogia do Oprimido.** 42 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005,p.89-111.
HEIDEGGER, M. **Sobre o humanismo**. [Trad. Emmanuel Carneiro Leão]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.
_____. **Sobre o problema do ser / O caminho do campo.** São Paulo: Duas Cidades, 1969.
_____. **O caminho do campo.** [Trad. Emmanuel Carneiro Leão]. *Revista de Cultura.* VOZES, v.LXXI, maio/1977.
_____. **O que é isto – a filosofia? e Identidade e Diferença.** In: *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção Os Pensadores, 5)
_____. **Construir, habitar, pensar.** In: HEIDEGGER. *Ensaios e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2002.
JACOBI, Pedro Roberto. **Espaços públicos e práticas participativas na gestão do meio ambiente no Brasil.** Sociedade e Estado. vol.18, nº 1 -2, Brasília. Jan./Dec. 2003.
KANT, I. **Crítica da faculdade do juízo.**[Trad. Valerio Rohden e António Marques]. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 270-277.

MARX, K. *Manuscritos econômico-filosóficos*. [Trad. Jesus Ranieri]. São Paulo: Boitempo, 2004.
_____. *O capital*: crítica da economia política. Livro I – O processo de produção do Capital. V.1. [Trad. Reinaldo Sant'Ana]. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
OLIVEIRA, Celso Maran de. **Democracia Participativa no Direito Urbanístico.** Editora EduUFSCar, São Carlos, 2016.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação.** [Trad. de Sérgio Milliet]. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 233-238.
_____. **Do contrato social.** [Tradução de Lourdes Santos Machado e notas de Paul Arboousse-Bastide e Lourival Gomes Machado]. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
THOMPSON, Edward Palmer. **Miséria da teoria ou um planetário de erros: uma crítica ao pensamento de Althusser.** Série Biblioteca de Ciencias Sociais. Editora Zahar, Rio de Janeiro, 1981.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia de uma existência mínima. Uma perspetiva jurisprudencial sobre o direito ao Rendimento Social de Inserção.

Gonçalo Mota[1]

Sumário: Introdução; I - O rendimento social de inserção II - O princípio da dignidade da pessoa humana III - A jurisprudência do Tribunal Constitucional IV - Discussão V – Conclusão; Bibliografia.

Introdução

Este artigo tem por base a análise do princípio constitucional da dignidade de pessoa humana, nos termos do artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, sendo nosso objetivo fazer um exercício de reflexão relativamente a um dos mais importantes princípios constitucionais e o direito à principal política pública de combate à pobreza e exclusão social em Portugal - o Rendimento Social de Inserção.

No âmbito deste exercício não foi nossa preocupação integrar de forma exaustiva a análise de conceitos e de tendências dominantes no panorama jurídico atual, mas sim refletir sobre a integração de um fundamento elementar na natureza e realização de uma política pública. Não foi também objetivo deste trabalho, a discussão das doutrinas e dogmas que rodeiam o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim perceber o papel que este importante princípio constitucional tem, enquanto regulador das relações entre o Estado e os cidadãos, em particular, quando abordada a garantia do direito a esta política social.

I – O Rendimento Social de Inserção

O rendimento social de inserção (RSI) inclui-se no subsistema de proteção social de cidadania, mais concretamente no n.º1 do artigo 29º da Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, relativa às bases gerais do sistema da segurança social, que refere que "o subsistema de ação social tem como objetivos fundamentais a prevenção e reparação de situações de carência e desigualdade socioeconómica, de dependência, e disfunção, exclusão ou vulnerabilidade

[1] Mestre em Serviço Social, Instituto Superior Miguel Torga

sociais, bem como a integração e promoção comunitárias das pessoas e o desenvolvimento das respectivas capacidades".

Para além deste subsistema, o RSI integra o denominado princípio de solidariedade, referido no nº 2 do artigo 8º "através da transferência de recursos entre os cidadãos, de forma a permitir a todos uma efectiva igualdade de oportunidades e a garantia de rendimentos sociais mínimos para os mais desfavorecidos", e o princípio da inserção social aludido no artigo 12.º, que se caracteriza pela "natureza activa, preventiva e personalizada das acções desenvolvidas no âmbito do sistema, com vista a eliminar as causas de marginalização e exclusão social e promover a dignificação humana".

Assim, a quando da "criação do rendimento mínimo garantido (RMG) em Portugal foi introduzida uma alteração profunda no sistema de proteção social relativa aos mais desprotegidos em Portugal. A filosofia subjacente a esta política não se baseia numa lógica contributiva, mas sim numa perspetiva de redistribuição de recursos, face à ideia em que se associa uma prestação pecuniária a um contrato que encara o beneficiário, não como mero recetor de um benefício estatal, mas sobretudo como cidadão competente e responsável, a quem se reconhece o direito de tomar parte ativa nas decisões que influenciam a sua própria vida" (Mota, 2011, p. 39).

A execução do RMG em 1997 determina-se como a grande prioridade no âmbito da ação social, uma medida incluída no Subsistema de Solidariedade da Segurança Social, criado em Portugal em 1996 pela Lei 19-A/96 de 29 de Junho e regulamentada pelo Decreto-Lei nº196/97 de 31 de Julho, com alterações em 2000, pelo Decreto-lei nº84/2000 de 11 de Maio.

O RMG foi entretanto alterado em 2003, através da revogação da Lei em vigor e passou a designar-se por Rendimento Social de Inserção, pela Lei 13/2003 de 21 de Maio, regulamentada pelo Decreto-Lei 283/2003 de 8 de Novembro.

Passados dois anos, surge uma nova reformulação, através da Lei 45/2005 de 29 de Agosto, regulamentada pelo Decreto-Lei nº42/2006 de 23 de Fevereiro.

Embora tenha sofrido constantes alterações legislativas, até à atual Lei 90/2017 de 28 de julho, "a medida manteve os seus princípios estruturadores, como uma prestação pecuniária de apoio ao rendimento para satisfazer as necessidades básicas, aliado a um programa de inserção e ao envolvimento de uma estrutura de parceria alargada com o objetivo de mobilizar os recursos necessários à intervenção, promovendo ainda a responsabilidade coletiva no combate à pobreza e exclusão social" (Mota, 2011, p. 39).

O RSI pode ser requerido por indivíduos e famílias em situação de grave carência económica, desde que satisfaçam as respetivas condições de atribuição.

> O Rendimento Mínimo Garantido afirmou-se em Portugal como um novo direito devido: ao pressuposto de sua natureza jurídica e portanto reclamável; o facto de instituir um direito para indivíduos e famílias reconhecidamente em processo de pobreza extrema (…); ao facto de ser constituído por uma prestação financeira e por um contrato de inserção, pressupondo este, que o sujeito tem obrigações e direitos a cumprir; à ideia que o associa a um contrato que encara o utilizador, não como mero receptor de um benefício estatal, mas sobretudo como um cidadão (…) a quem se reconhece o direito de tomar parte activa nas decisões que influenciam a sua própria vida; ao facto de se tratar de um direito provisório que exige do titular uma atitude pró-activa em favor de uma 'inserção social' que se traduza numa reorganização da vida com base em outras fontes de rendimento (Rodrigues, como referido em Hilário, 2010)

Consideram-se situações de grave carência económica, os indivíduos cujo rendimento seja inferior a 43,634% do indexante de apoios sociais, ou seja, 186,68€. No caso de um agregado familiar composto por mais do que um adulto, o rendimento deverá ser inferior à soma dos seguintes valores: 70% de 186,68€, a partir do segundo adulto e por cada menor, 50% desse valor, conforme o Decreto-Lei 70/2010 de 16 de Junho de 2010, que entrou em vigor em 1 de Agosto e que veio alterar as regras para a determinação dos rendimentos, do conceito de agregado familiar e da capitação dos rendimentos para a verificação da condição de recursos.

As condições de atribuição da prestação, que é concedida pelo período de um ano, renovável automaticamente, passam também pela residência legal em território nacional, pela obrigatoriedade de inscrição no centro de emprego ou pela prova, através de certificado médico, da sua incapacidade para trabalhar, bem como pelo fornecimento dos meios de prova necessários à verificação da situação de carência económica. Posteriormente soma-se a obrigação de subscrever o programa de inserção "consubstanciado num contrato de inserção que integra um conjunto articulado e coerente de ações, faseadas no tempo, estabelecido de acordo com as características e condições do agregado familiar do requerente da prestação, com vista à plena integração social dos seus membros" (Decreto Lei no 90/2017 de 28 de julho do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2017).

II - O princípio da dignidade da pessoa humana

Analisar o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, consagrado pelo artigo 1º da Constituição da República Portuguesa (CRP), juntamente com a ideia de Estado de direito democrático, realizado no artigo 2º e o nº 1 e o nº 3 do artigo 63 º da CRP que refere que "todos têm direito à segurança social" e "o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho" poderá ser a expressão jurídica que mais se aproxima, como iremos observar, da garantia ao direito a um mínimo de existência (Constituição da República Portuguesa, 2004, p. 31).

Como refere o Acórdão n.º 62/2002 do Tribunal Constitucional (TC), "este preceito constitucional, como se escreveu no Acórdão nº 349/91 'poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63.º da lei fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1º da Constituição" (acórdão no 62/2002 de 11 de março do Tribunal Constitucional, 2002).

José Carlos Vieira de Andrade (2017, p. 96) refere que "se deve entender o princípio da dignidade da pessoa humana – consagrado no artigo 1º como o princípio fundamental da Constituição – como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos relativos aos direitos fundamentais".

O nº2 do artigo 16º da CRP "vincula o sentido do conjunto dos (de todos os) direitos fundamentais ao espírito da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), expressamente fundada na dignidade humana individual" (Constituição da República Portuguesa, 2004, p. 31), mais concretamente no artigo 22º da DUDH, que sublinha "o direito de toda a pessoa a conseguir «… a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais, *indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade*" (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Jorge Miranda sublinha que não deverão ser confundidos conceitos como dignidade humana e dignidade de pessoa humana, clarificando que "dignidade da pessoa é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. E o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubstituível e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege" (Miranda, 1999, p. 476)

O constitucionalista acrescenta que "de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas" (*idem*).

Jorge Miranda sintetiza o conceito de dignidade da pessoa humana considerando que este se reporta "a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta"; salientando que "a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher"; que "cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas"; que "cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si", que "o primado da pessoa é o do ser, não o do ter, a liberdade prevalece sobre a propriedade"; que "só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida", acrescentando ainda que "a protecção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição dos direitos" e que "a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas" (Miranda, 1999, p. 476).

Já para José Gomes Canotilho, a ideia de dignidade de pessoa humana é um "*princípio antrópico* que acolhe a ideia pré moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do individuo conformador de si próprio e da sua vida conforme o seu *projecto espiritual* (*plastes et fictor*)" (Canotilho, 2018, p. 225). Para o autor, "a Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito", confrontando esta ideia com os dois primeiros artigos da Constituição da República Portuguesa, segundo os quais "Portugal é uma República soberana baseada na *dignidade da pessoa humana*»" e "a República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na *garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais*" (Constituição da República Portuguesa, 2004).

Canotilho defende que "a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil que a determinação do sentido específico do enunciado «dignidade de pessoa humana" (Canotilho, 2018, p. 248). Para isso sugere uma integração pragmática dos direitos fundamentais, recorrendo à "teoria dos cinco componentes" de Podlech, exercício que assegura em primeiro lugar a "afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua *individualidade* autonomamente responsável", em segundo lugar "a garantia da identidade e integridade da pessoa através do *livre desenvolvimento da personalidade*", em terceiro "a *libertação da «angústia da existência* da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho

e a garantia de condições existenciais mínimas através de mecanismos providenciais e assistenciais como o subsídio de desemprego e o rendimento mínimo garantido". Em quarto lugar o autor enumera a "garantia e defesa da *autonomia individual* através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de direito". Por fim, "realça-se a dimensão igualdade-justiça dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social* e na *igualdade de tratamento normativo*, (cfr. CRP, art. 13.°), isto é, igualdade perante a lei e através da lei" (Canotilho, 2018, pp. 248-249).

O princípio da dignidade da pessoa humana (cfr. Constituição da República Portuguesa, art. 1.°) suportado pela jurisprudência vigente como um princípio capital do ordenamento jurídico estabelece a razão e o limite da ação dos poderes públicos sobre os cidadãos, asseverando a todos, o direito a um mínimo de existência condigna.

III – A jurisprudência do Tribunal Constitucional

Na verdade, o Tribunal Constitucional desde cedo que foi decidindo pela proteção dos mínimos de sobrevivência, como disso é exemplo o Acórdão nº 349/91, que analisa a possibilidade de penhora das pensões e que assume que "a pensão auferida pelo beneficiário da segurança social, tendo em conta o seu montante, reportado a um determinado momento histórico, cumpra efectivamente a função inilidível de garantia de uma - sobrevivência minimamente condigna -, do pensionista" (acórdão no 349/91 de 3 de julho da 2.ª secção do Tribunal Constitucional, 1991). Este mesmo acórdão defende que:

> O exercício do direito do credor em ver realizado o seu direito - o qual, como se viu, encontra guarida no nº1 do artigo 62º da Lei Fundamental - pode colidir com o direito fundamental do pensionista em perceber uma pensão que lhe garanta uma sobrevivência condigna, condensado, como já se referiu, ou no artigo 63.º ou no artigo 1º da Constituição. Em casos de colisão ou conflito entre aqueles dois direitos, deve o legislador, para tutela do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sacrificar o direito do credor, na medida do necessário e, se tanto for preciso, mesmo totalmente, não permitindo que a realização deste direito ponha em causa a sobrevivência ou subsistência do devedor (acórdão no 349/91 de 3 de julho da 2.ª secção do Tribunal Constitucional, 1991).

O Tribunal Constitucional conclui que "o sacrifício do direito do credor só será, assim, constitucionalmente legítimo se for necessário e adequado à salvaguarda do direito fundamental do devedor a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade". Como tal, pode ler-se no documento a conclusão de que "para além desse patamar necessário para

garantir aquele mínimo de sobrevivência - o qual não pode ser definido em termos válidos para todos os tempos, uma vez que é algo historicamente situado -, já será constitucionalmente ilegítimo o sacrifício total do direito do credor" (acórdão no 349/91 de 3 de julho da 2.ª secção do Tribunal Constitucional, 1991).

No mesmo sentido da defesa de uma sobrevivência digna, vai a decisão do Acórdão nº 411/93 que, ao analisar a norma de impenhorabilidade total de uma pensão, considera que "será inconstitucional na medida - mas apenas na medida - em que consagra a impenhorabilidade de pensões cujo montante ultrapassa o mínimo necessário e adequado para garantir uma sobrevivência digna do pensionista", invocando novamente disposições conjugadas, nomeadamente do artigo 1º da CRP, com outros, como o artigo 13.º(Princípio da igualdade) e 62.º (Direito de propriedade privada) (acórdão no 411/93 de 29 de junho do Tribunal Constitucional, 1993).

Assim como o Acórdão nº 318/99 do TC, que decide julgar inconstitucional "a norma do artigo 824º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil, na medida em que permite a penhora até 1/3 das prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de outra qualquer regalia social, seguro, indemnização por acidente ou renda vitalícia, ou de quaisquer outras pensões de natureza semelhante, cujo valor não seja superior ao do salário mínimo nacional então em vigor" por considerar que se trata de uma "violação do princípio da dignidade humana contido no princípio do Estado de direito que resulta das disposições conjugadas dos artigos 1º, 59º, n.º2, alínea a e 63º, n.ºs 1 e 3, da Constituição" (acórdão no 318/99 de 16 de maio do Tribunal Constitucional, 1999). O documento integra a fundamentação de que:

> Assim como o salário mínimo nacional contém em si a ideia de que é a remuneração básica estritamente indispensável para satisfazer as necessidades impostas pela sobrevivência digna do trabalhador e que por ter sido concebido como o 'mínimo dos mínimos' não pode ser, de todo em todo, reduzido, qualquer que seja o motivo, assim também, uma pensão por invalidez, doença, velhice ou viuvez, cujo montante não seja superior ao salário mínimo nacional não pode deixar de conter em si a ideia de que a sua atribuição corresponde ao montante mínimo considerado necessário para uma subsistência digna do respectivo beneficiário (acórdão no 318/99 de 16 de maio do Tribunal Constitucional, 1999).

O Acórdão nº 583/00 considera mesmo de forma inequívoca que o "direito à existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana" (acórdão no 583/00 de 20 de dezembro do Tribunal Constitucional, 2000).

O Tribunal Constitucional reconheceu, a propósito da impenhorabilidade das prestações sociais, a garantia do direito a "um mínimo indispensável" ou até mesmo a uma "existência condigna", como disso é exemplo o Acórdão n.º 62/2002 (Diário da República, 2.a série, de 11 de Março de 2002), relativamente à impenhorabilidade do "rendimento mínimo garantido", assumindo que "estas considerações são inteiramente aplicáveis - por igualdade ou mesmo maioria de razão - ao caso dos autos, em que está em causa uma prestação de rendimento mínimo garantido, inferior ao salário mínimo, que (embora de montante superior à que estava em questão no Acórdão n.º 318/99) é calculada e atribuída precisamente em função das necessidades de subsistência da recorrente e seu agregado familiar, visando assegurar o mínimo indispensável a uma existência digna" (acórdão no 62/2002 de 11 de março do Tribunal Constitucional, 2002).

O TC ao fundamentar as suas decisões nos acórdãos anteriormente citados, com base no artigo 1º da Constituição, conjugados com o artigo 63.º nº1 e n.º3 da CRP, assume que o princípio da dignidade da pessoa humana implica o reconhecimento a um direito mínimo de subsistência.

O reforço desta ideia está bem patente no que o TC defende no Acórdão 509/2002, após o pedido de fiscalização preventiva por parte do Presidente da República, decidindo pela inconstitucionalidade do diploma que restringia o acesso à prestação do RSI a pessoas com menos de 25 anos, definindo o rendimento social de inserção como um direito que garante o direito constitucional a mínimo vital e de existência condigna, por entender que não existiam instrumentos alternativos a esta medida de proteção social, concluindo que "a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana (...), princípio esse consagrado pelo artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n. 1 e 3, da mesma CRP" (acórdão no 509/2002 de 12 de fevereiro do Tribunal Constitucional, 2003).

Também o Acórdão n.º 306/2005 segue no mesmo sentido, oferecendo um novo critério orientador que estabelece um limite de impenhorabilidade:

> Ora, rejeitado o critério do salário mínimo, o ordenamento jurídico oferece um outro referencial positivo que pode ser usado como critério orientador do limite de "impenhorabilidade" para este efeito: o do rendimento social de inserção, criado pela Lei n.º 13/2003, de 21 de Maio (em substituição do rendimento mínimo garantido, criado pela Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho) e regulamentado pelo

> Decreto-Lei n.º 283/2003, de 8 de Novembro, e pela Portaria n.º 105/2004, de 26 de Janeiro (estabelece o montante dos apoios especiais).» Acrescentando '(...)sobre a maior adaptabilidade às circunstâncias que resulta da técnica das cláusulas gerais ou dos conceitos indeterminados (vale por dizer, da outorga de margem de apreciação ao juiz), afigura-se ser este o valor do rendimento que teria de considerar-se como correspondendo ao mínimo necessário a assegurar a auto-sobrevivência do devedor (acórdão no 306/2005 de 5 de agosto do Tribunal Constitucional, 2005).

Por fim, e já mais recentemente, o acórdão 296/2015 o TC apoia-se na fundamentação peremptória de que "de acordo com esta jurisprudência, o RSI é uma prestação que efetiva a garantia de existência condigna, sendo esta uma imposição direta do respeito pela dignidade humana". De acordo com o mesmo acórdão, "este enquadramento e esta matriz conferem ao direito em causa um estatuto próprio, um significado autónomo sendo-lhe reconhecido um grau de fundamentalidade (e, logo, de vinculação constitucional e redução de margem de liberdade do legislador)" (acórdão no 296/2015 do Tribunal Constitucional, 2005).

IV - Discussão

Ao examinarmos as decisões dos acórdãos aqui citados, poderá ressurtir a ideia de que o TC deliberou sempre na perspetiva da defesa do direito a uma proteção mínima, consubstanciado inclusivamente numa obrigação prestacional material por parte do Estado.

Ao longo da nossa observação, percebemos que deveríamos circunscrever a ação do TC sobre aquele que poderá ser o equívoco de se confundir o direito a prestações sociais com a defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, nomeadamente no caso em particular da garantia do direito ao RSI, sustentado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Interessa por isso situarmo-nos na reflexão de Benedita Mac Crorie e atendermos ao facto de que a CRP é constituída por "princípios estruturantes fundamentais, que por sua vez assentam em sub-princípios e regras constitucionais que os concretizam". A autora acrescenta que o que distingue esses princípios das chamadas regras é o facto de que "os princípios ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes. As regras, por seu lado, são normas de tudo ou nada, que só podem ou não ser cumpridas" (Mac Coirie, 2003, p. 153).

O autor José Carlos Vieira de Andrade concretiza, defendendo que "na Constituição portuguesa, as normas que prevêem os direitos (sociais) a prestações, contêm directivas para

o legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares, verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização dos bens protegidos". O autor acrescenta que "o legislador não pode decidir se atua ou não: é-lhe proibido o «non facere»" e que, na exata medida em que isto é o esperado da atuação do Estado, também a "a Constituição fornece critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários" (Vieira de Andrade, 2017, p. 359).

De uma forma muito sintética, o professor refere que "os direitos a prestações sociais, enquanto direitos fundamentais, tendem, assim, tal como os direitos de determinadas categorias sociais (…), a constituir discriminações positivas e cada vez menos podem ser concebidos como puros direitos universais de igualdade. Em contrapartida, o conteúdo essencial destes direitos – *o mínimo necessário para uma existência condigna* – poderá ser equacionado, nos seus diversos aspectos, como um direito pleno de todos á prestação do Estado, como "prestador de garantia" ou de "último recurso" (Vieira de Andrade, 2017, p. 66).

Vieira de Andrade dá o exemplo da manifestação positiva deste direito: "a par do tradicional direito ao subsídio de desemprego (que decorre de imposição constitucional direta – artigo 59º, nº1, alínea e), o direito a um "rendimento mínimo de inserção". Um aspeto simétrico será o de um direito subjectivo à não tributação do mínimo de existência, fundado no direito à vida ou ao livre desenvolvimento da personalidade e associado ao princípio constitucional da capacidade contributiva" (Vieira de Andrade, 2017, pp. 66-67).

O autor acrescenta que "é indispensável considerar os limites materiais e jurídicos da atividade estadual, incluindo, além das possibilidades financeiras, a garantia da liberdade geral e a ponderação dos direitos das outras pessoas, bem como a divisão de poderes que assegure a liberdade constitutiva ao legislador" (Vieira de Andrade, 2017, p. 148).

Concretizamos esta mesma ideia com a perspetiva de Jorge Miranda sobre a garantia dos direitos sociais, tendo o autor assumido que deverá ser tido em conta que "a apreciação dos fatores económicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos cabe aos órgãos políticos e legislativos – não aos da Administração nem aos tribunais - não corresponde a uma simples operação hermenêutica, mas a um confronto complexo das normas com a realidade circundante" (Miranda, 2011, p. 14). Para o constitucionalista, "há uma relação necessária constante entre a realidade constitucional e o estádio de efetividade das normas, entre a capacidade do Estado e da sociedade e os direitos derivados a prestações, entre os bens económicos disponíveis e os bens jurídicos deles

inseparáveis. Por isso, deve concluir-se: 1º) *Somente é obrigatório o que seja possível*; 2º) *mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório"*(Miranda, 2011, p. 17).

Jorge Miranda lembra que "a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades não é nunca rígida, nem definitiva. Depende dos estágios de desenvolvimento económico, social e cultural e da situação do país. E é também o sufrágio universal que, em cada momento, a traça, através das políticas públicas prosseguidas pelos órgãos por ele legitimados. Tudo em qualquer caso, insista-se, no respeito da dignidade de cada uma e de todas as pessoas humanas" (Miranda, 2011, p. 18).

Subjaz por fim esta ideia, de que as decisões deverão sempre ser tomadas, garantindo a total separação dos poderes constitucionalmente definidos, garantindo assim a separação do poder legislativo do poder judicial.

Desta forma, José Carlos Vieira de Andrade considera que é dever do Estado "legislar, já que a feitura de leis é uma tarefa devida (no caso dos direitos a prestações jurídicas) ou uma condição organizatória necessária (no caso dos direitos a prestações materiais) para a sua realização efetiva", não esquecendo que "a nossa Constituição acompanha a previsão dos «direitos económicos, sociais e culturais» da imposição de tarefas legislativas destinadas a obter condições materiais e institucionais necessárias à sua realização" (Vieira de Andrade, 2017, p. 365).

O autor assume que "é assim que se entende em geral que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a «fins políticos de realização gradual» ou que são direitos «sob reserva do possível». A Constituição não pode dizer qual o conteúdo exato da prestação, como há-de processar-se a respectiva atribuição e sob que condições ou pressupostos" (Vieira de Andrade, 2017, p. 180). Vieira de Andrade conclui que "o conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, atuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações" (Vieira de Andrade, 2017, p. 181).

Da leitura dos acórdãos analisados neste trabalho assumimos, como sendo inequívoca, a realidade de que também a CRP garante, "em termos negativos, o direito a não ser privado pelo Estado daquilo que é indispensável a uma existência condigna e, portanto, *um direito à não ablação* (…) e *à não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência condigna*" (Vieira de Andrade, 2017, p. 374). Ou seja, "mesmo que o Estado não seja obrigado a assegurar positivamente o mínimo de existência a cada cidadão, ao menos que não lhe retire,

sobretudo para satisfação de necessidades públicas, aquilo que ele adquiriu e é imprescindível à sua sobrevivência com o mínimo de dignidade" (Vieira de Andrade, 2017, p. 375).

Em jeito de síntese recuperamos o acórdão 509/2002 do TC, em que sublinha na íntegra a ideia defendida neste trabalho, de que tendo em conta a diversidade de meios ao serviço do legislado, este "goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro, a vontade popular expressa nas eleições" (acórdão no 509/2002 de 12 de fevereiro do Tribunal Constitucional, 2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana como garantia de uma existência mínima não poderá ser alocada por isso só à garantia do direito ao Rendimento Social de Inserção, tendo nós considerado que esta prestação na sua génese garante o «mínimo dos mínimos» quando nos referimos ao sistema de proteção social provido pelo Estado português. Interessa relevar que "as opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído" (Vieira de Andrade, 2017, p. 180).

V – Conclusão

Verificamos que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa um papel central no ordenamento jurídico português, enquanto princípio fundamental da Constituição da República Portuguesa.

Entendemos que o Tribunal Constitucional acompanhou de forma clara a evolução da sociedade e dos condicionalismos económico-financeiros do país, no sentido em que foi adaptando os seus critérios de ponderação, em termos de garantia dos mínimos de existência ao longo das suas decisões, não deixando de proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, nomeadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Compreendemos que o poder legislativo ao produzir de forma exaustiva determinadas normas e confrontado tantas vezes com os parcos recursos disponíveis por parte do Estado, torna árdua a tarefa da garantia integral dos direitos sociais, potenciando assim situações de intervenção do TC, que servem, no limite, para corrigir os efeitos de

alguma inação no que se refere também à correta aplicação da dimensão da reserva do possível, por parte do poder legislativo.

Percebemos que o Tribunal Constitucional ao longo da sua jurisprudência, ao decidir sobre questões relacionadas nomeadamente com prestações materiais, invocando o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP) e ao colocar na equação o direito a uma existência mínima, acaba muitas das vezes por revelar alguma inépcia no que se refere a justificar de que forma é que o direito à prestação do rendimento social de inserção, por exemplo, se afigura como sendo a única solução para se poder concretizar este princípio constitucional.

Na verdade, o Tribunal invoca sempre o direito à segurança social (artigo 63.º) e por vezes a ideia de Estado de direito democrático (artigo 2.º), mas acaba por não demonstrar como é que a realização do direito a uma existência mínima se identifica de forma concreta e exclusiva com o direito à prestação do RSI.

Ao analisarmos a jurisprudência percebemos que muitas das vezes não se descortinam quais as referências empíricas ou até mesmo normativas que sustentaram algumas das decisões do TC, sendo certo que na maioria das deliberações foi defendida uma declarada importância da prestação do rendimento social de inserção para a garantia do mínimo de sobrevivência, desconsiderando as restantes prestações existentes do sistema de proteção social de cidadania, mais concretamente do subsistema de ação social e do subsistema de proteção familiar.

Impõe-se por último concluir que a jurisprudência analisada parece assinalar a existência evidente de uma relação necessária entre a realidade das normas constitucionais e a capacidade da sociedade e do Estado em prover determinados direitos, nomeadamente a prestações sociais materiais, que não se poderão desvincular dos bens jurídicos com caráter constitucionalmente definido e que defendem nomeadamente a garantia de uma existência mínima.

Bibliografia

Acórdão no 62/2002 de 11 de março do Tribunal Constitucional. Diário da República: II série, no 59 (2002). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Acórdão no 177/2002 de 2 de julho do Tribunal Constitucional. Diário da República: I série, no 150 (2002). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Acórdão no 296/2015 de 15 de junho do Tribunal Constitucional. Diário da República: I série, no 114 (2015). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Acórdão no 306/2005 de 5 de agosto do Tribunal Constitucional. Diário da República: II série, no 150 (2005). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.

Acórdão no 318/99 de 16 de maio do Tribunal Constitucional. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa (1999). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia_main.php.
Acórdão no 349/91 de 3 de julho da 2ª Secção do Tribunal Constitucional. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa (1991). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia_main.php.
Acórdão no 411/93 de 29 de junho do Tribunal Constitucional. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa (1993). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia_main.php.
Acórdão no 509/2002 de 12 de fevereiro do Tribunal Constitucional. Diário da República: I série, no 36 (2003). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Acórdão no 583/00 de 20 de dezembro do Tribunal Constitucional. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa (2000). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jurisprudencia_main.php
Canotilho, J. J. G. (2018). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7.ª edição). Coimbra: Almedina.
Constituição da República Portuguesa (2004). Coimbra: Almedina.
Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Decreto Lei no 90/2017 do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. Diário da República: I série, no 145 (2017). Acedido a 18 out. 2018. Disponível em www.dre.pt.
Hilário, G. M. A. (2010). *Um olhar sobre a medida ativa de política social do Rendimento Social de Inserção no Distrito de Coimbra*. Coimbra: FEUC.
Mac Crorie, B. (2003). O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional. In *Estudos em Comemoração do 10.º aniversário da Licenciatura em Direito* (pp. 149-175). Coimbra: Almedina.
Miranda, J. (2011). Os novos paradigmas do Estado Social. In *XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, *Belo Horizonte, Brasil, 28 setembro 2011*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Políticas.
Miranda. J. (1999). A Constituição e a dignidade da pessoa humana. *Didaskalia*, 29:1-2, 473-485. Disponível em Veritati - Repositório Institucional da Universidade Católica Portuguesa: http://hdl.handle.net/10400.14/18404
Miranda, J. (1987). *Manual de direito constitucional : tomo II : introdução à teoria da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
Mota, G. (2011). *As relações do Estado com o Terceiro Setor no Rendimento Social de Inserção – o emprego dos assistentes sociais na medida no distrito de Viseu (2005-2010)*. (Tese de Mestrado não publicada). Coimbra: Instituto Superior Miguel Torga.
Vieira de Andrade, J. C. (2017). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina

Neoliberalismo e o Ciclo Global de Lutas: da Governamentalidade Neoliberal às Resistências ao Sistema Hegemônico Mundial

Henrique Mioranza Koppe Pereira[1]

Cássia Zimmermann Fiedler[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Governamentalidade e a Nova Razão Neoliberal. 3. Breves resistências ao sistema hegemônico mundial. 4. Uma sintética contextualização das jornadas de junho de 2013 no Brasil. 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

É no ano de 2008 que a chamada crise do capitalismo global emerge no cenário mundial. Porém, não se travava de uma simples crise econômica, mas, sim, de sintomas que anunciavam algo muito mais profundo. É a partir do mal-estar que transparece no sistema mundial que, em meados de 2011, uma série de movimentos sociais começam a surgir ao redor do globo, constituindo um bloco de lutas.[3] Dessa forma, o presente trabalho, primeiramente, procura descrever o chamado neoliberalismo e governamentalidade que o circunda, buscando apresentar uma suposta lógica normativa neoliberal que constitui o cenário internacional e se exibe como, em grande medida, causadora das adversidades sentidas pelas populações nas mais diversas partes do sistema mundial. Essa descrição pretende demonstrar os rumos das sociedades em um mundo globalizado e financeirizado, sustentadas por princípios de concorrência internalizados por pessoas e Estados.

---

[1] Pós-Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) no programa de pós graduação em Ciências Criminais; Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Mestre em Direito pena Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor no Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da UCS; Professor no curso de Graduação em Direito da UCS; e, pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

[2] Graduanda em Filosofia e Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa "Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica" (PUCRS). Bolsista de Iniciação Científica no projeto "Poder Punitivo e Criminalização de Movimentos Sociais: o caso das Jornadas de Junho de 2013 em Porto Alegre", sob orientação do professor Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)

[3] BONFIGLI, Fiammetta. Jornadas de Junho?: movimentos sociais e direito nas ruas de Porto Alegre. Canoas: Unilasalle, 2017. p. 93.

Posteriormente, buscar-se-á fazer uma breve descrição a respeito do bloco de lutas que se constitui no contexto global em decorrência dos sintomas de esgotamento do neoliberalismo como forma de governar as sociedades. Perpassando pelo ambiente europeu até o Sul global[4], o que se pretende é demonstrar as semelhanças entre os movimentos, tanto na suas práticas e técnicas pelas quais atuavam, quanto a partir dos motivos pelos quais eles emergem. A tese é que tais revoltas representam uma breve resistência ao sistema hegemônico, ou seja, uma breve resistência às políticas neoliberais que foram implantadas nos últimos anos. Assim, aquilo que se procura confirmar é que, para fazer frente aos novos dispositivos de dominação, os movimentos sociais trazem consigo características novíssimas e reivindicam, direta ou indiretamente, uma coibição em relação nova logica neoliberal que pauta o cenário global.

2. GOVERNAMENTALIDADE E A NOVA RAZÃO NEOLIBERAL

Nas teorias clássicas sobre soberania, aquilo que se exerce e se efetiva sobre a vida dos súditos, poderíamos encontrar o direito de vida e de morte como um atributo estrutural fundamental. Dizer que o soberano detém o direito de vida e de morte significa, basicamente, dizer que ele pode fazer morrer e deixar viver. Assim, a vida e a morte não se apresentam como fenômenos naturais que se localizam fora do campo do poder político. Tratamos de um cenário no qual a dor e o sofrimento são formas de pagar por crimes cometidos e as penas materializam-se no corpo condenado.[5] Portanto, o direito de vida e morte é exercido de forma desequilibrada, com fortes tendências que convergem para a morte. Em síntese, o direito de matar é aquilo que detém o essencial do direito de vida e de morte.[6] É a partir do poder de matar que detêm o soberano que se institui o direito de viver, é na alternativa que o soberano possui de aniquilar que se encontra a possibilidade de exercer o direito sobre a vida humana.

---

[4] "[...] a expressão "Sul Global" contém uma dimensão explicitamente política, atada aos protestos e às denúncias das relações de exploração, opressão e espoliação impostas pelo Norte Global à semiperiferia do sistema, os quais intensificaram as tensões entre a forma democrática da regulação política e a dimensão autoritária do regime de acumulação financeirizado. Essa tensão tem estimulado diferentes movimentos sociais de contestação à atual globalização." RUY, Braga. A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 28-29.

[5] FLUGGE, Denner William Souza; Dos Passos, Aruanã Antônio. Soberania, disciplina e biopoder: dimensões de analítica do poder em Michel Foucault. Revista Cadernos Zygmunt Bauman. Maranhão, Volume 3, n° 05, 2013, p. 64-66.

[6] FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 285-287.

Porém, podemos constatar fortes transformações no direito político do século XIX. Tratarmos de mudanças que não substituem, mas complementam o velho direito de soberania – fazer morrer ou deixar viver - com um novo direito. Esse novo direito perpassa e modifica o exercício da soberania sobre a vida e revela-se como um poder exatamente inverso: *poder de fazer viver e de deixar morrer*. Mudanças essas, portanto, que anunciam o incremento da sociedade da soberania, na qual é possível perceber acrescida a questão disciplinar. Vale ressaltar que as transformações discorridas por Foucault não se concentram no nível das teorias políticas, mas no nível das técnicas e tecnologias de poder. Nos séculos XVII e XVIII, surgem técnicas de poder que são centradas no corpo. Em síntese, procedimentos que asseguram a distribuição de corpos, separação, alinhamento, vigilância, organização. Também, técnicas que aumentam a força útil dos corpos e permitem a racionalização e economia de um poder que se exerce através da vigilância e da hierarquia, por exemplo. Substancialmente, mecanismos disciplinares baseados na vigilância e na dominação para extração de tempo e trabalho.[7]

O âmago da questão é o surgimento de uma outra tecnologia de poder. Com a crise das disciplinas, após a Segunda Guerra Mundial, devido à estruturação de um novo tipo de sociedade, surgem os chamados dispositivos de controle.[8] Novamente, uma tecnologia que não exclui a anterior. Assim, a novíssima tecnologia não faz desaparecer a técnica disciplinar, mas a integra e a remodela, enquanto é sustentada por instrumentos imensamente diferentes.[9] A nova técnica não se direciona ao corpo, direciona-se no sentido daquilo que Foucault descreve como "homem-espécie", percebendo o indivíduo humano como múltiplo, não se limitando aos corpos, mas estendendo sua influência até uma massa global.[10] Dessa forma, passa a ser possível a descrição de uma *biopolítica* da espécie humana.

> Não se trata absolutamente de ficar ligado a um corpo individual, como faz a disciplina. Não se trata, por conseguinte, em absoluto, de considerar o indivíduo no nível do detalhe, mas, pelo

[7] FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 287-288.
[8] DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. Conversações. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 223.
[9] "De sorte que as coisas não devem de forma nenhuma ser compreendidas como a substituição de uma sociedade de soberania por uma sociedade de disciplina, e mais tarde uma sociedade de disciplina por uma sociedade, digamos, de governo. Temos, de fato, um triângulo – soberania, disciplina e gestão governamental-, uma gestão governamental cujo alvo principal é a população e cujos mecanismos essenciais são os dispositivos de segurança". FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 142-143.
[10] FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 289.

> contrário, mediante mecanismos globais, de agir de tal maneira que se obtenham estados globais de equilíbrio, de regularidade; em resumo de levar em conta a vida e os processos biológicos do homem espécie e de assegurar sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação.[11]

Em suma, duas grandes tecnologias de poder são introduzidas e sobrepostas até o fim do século XVIII: uma centrada no corpo e outra centrada na vida. O poder soberano consiste no poder de fazer morrer e marca todo o período do absolutismo monárquico. O biopoder exerce influência sobre populações inteiras, marcando políticas dos Estados ocidentais na modernidade. Ele se caracteriza, fundamentalmente, por um poder que faz viver.[12] A nova tecnologia, que trabalha a partir das massas e populações, é aquilo que tenta, em grande medida, moderar as adversidades que emergem de uma massa viva, é aquilo que busca um equilíbrio global. É através de mecanismos oriundos do biopoder e saberes biopoliticos, que levam em conta os processos do homem-espécie, que massas serão controladas e regulamentadas.

Segundo Dardot e Laval, em meados de 1980, Foucault já começava a se interessar cada vez mais pelas técnicas de si, exercidas sobre si mesmo, pelos indivíduos. Assim, o termo "governamentalidade"[13], que expressava as diversas formas pelas quais são exercidas as atividades de governo, ou seja, formas diversas de conduzir as condutas, é ampliado. Portanto, governar é conduzir a conduta humana, porém o termo conduta passa a carregar uma nova faceta que engloba não só a perspectiva de "para com o outro", isto é, a condução de *outros* homens e mulheres, mas também, uma perspectiva de "para consigo mesmo".[14] Assim, teremos um aprimoramento das concepções a partir da aproximação entre técnicas

---

[11] FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 294

[12] AMBRÓZIO, Aldo. Governamentalidade neoliberal: disciplina, biopolítica e empresariamento da vida. Revista Kénesis. São Paulo, Volume 4, n° 08, Dezembro 2012, p. 40-60.

[13]Foucault elabora o conceito de governamentalidade descrevendo-o como um "[...] conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante especifica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia política e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por "governamentalidade" entendo a tendência, a linha de força, em todo Ocidente [...] para a preeminência desse tipo de governo que podemos chamar de "governo" sobre os outros – soberania, disciplina - e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por "governamentalidade", creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco governamentalizado". FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 143-144.

[14] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 18.

de dominação que são exercidas sobre o outro e técnicas de autogoverno que são exercidas sobre si mesmo.

A ideia de *razão governamental* passa a ser essencial para compressão daquilo que será descrito como neoliberalismo, pois traduz os tipos de racionalidade pelos quais, através do Estado, dirige-se a conduta dos humanos. É assim que o neoliberalismo se apresenta, como uma racionalidade, mais especificamente, a razão do capitalismo contemporâneo. Desse modo, o neoliberalismo transformou de forma profunda o capitalismo e, consequentemente, as sociedades. Trata-se de um sistema normativo global que exerce sua influência pelo mundo, através de um processo estratégico,[15] e prolonga a lógica do capital para todas as esferas da vida humana.[16] Em síntese, estabelece-se a competição generalizada como norma de conduta, à medida em que o indivíduo percebe a si mesmo como um modelo de empresa. Dessa forma, a empresa passa a ser um modelo de subjetivação.[17] Consequentemente, a economia passa a estar no fundamento dos dispositivos de controle da população e orientação de condutas – a biopolítica. A concorrência e o modelo empresarial começam a constituir um novo modo de governo que vai além da esfera econômica.

> A exigência de "competitividade" tornou-se um princípio político geral que comanda as reformas em todos os domínios, mesmo os mais distantes dos enfrentamentos comerciais no mercado mundial. Ela é a expressão mais clara de que estamos lidando não com uma "mercantilização sorrateira", mas com uma expansão da racionalidade de mercado a toda a existência por meio da generalização da forma-empresa.[18]

[15] A ideia de "estratégia sem sujeito" é elaborada por Michel Foucault. A dimensão estratégica das políticas neoliberais expressa a maneira pela qual a concorrência se constitui como nova norma mundial. Essa conjuntura se compõe a partir de uma relação entre forças sociais e determinadas condições econômicas, sem que exista um estrategista responsável por direcionar essas conexões ou um objetivo determinado, senão aquele que se constrói conjuntamente com o processo de expansão da concorrência e coerência global. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 192-193.

[16] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 16-17.

[17] Nesse mesmo sentido, Foucault expressa: "[...] trata-se de generalizar, difundindo-as e multiplicando-as na medida do possível, as formas "empresa" que não devem, justamente, ser concentradas na forma nem das grandes empresas de escala nacional ou internacional, nem tampouco das grandes empresas do tipo do Estado. É essa multiplicação da forma "empresa" no interior do corpo social que constitui, a meu ver, o escopo da política neoliberal. Trata-se de fazer do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa o que poderíamos chamar de poder enformador da sociedade." FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 154.

[18] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 27.

Nos anos 1980, os nomes de Ronald Reagan e Margaret Thatcher simbolizam a implementação de políticas que pretendiam superar a inflação, queda dos lucros e desaceleração do crescimento. As políticas conservadoras e neoliberais que triunfaram nesse período pareciam apresentar uma resposta à crise econômica e social simbolizando o rompimento do "welferismo" da democracia social.[19] Tais políticas, aparentemente, seriam entendidas a partir de uma análise da conjuntura histórica. Porém, o quadro estabelecido através desse tipo de governo acaba por se perpetuar durante décadas, inclusive, sendo adotado pela "esquerda moderna" e a "nova direita".[20] A continuidade se justifica conforme passa a ser perceptível uma mudança radical na forma pelo qual se exerce o poder. Essa continuidade revela uma submissão a uma racionalidade política e social. Dardot e Laval descrevem esse encadeamento como *a grande virada*. Em suma, a grande virada ocorre a partir do implemento de uma lógica normativa neoliberal que reorienta políticas e comportamentos no contexto global contemporâneo. Assim, o Estado moderno ocidental, que surge como uma forma de poder tanto individualizante como totalizadora, combinando de forma astuciosa técnicas de individualização e procedimentos de totalização, é ferramenta essencial para a neoliberalização da vida. [21]

Portanto, aos poucos, será implementada uma norma mundial de concorrência. Essa nova orientação mundial modifica de forma brusca as regras do jogo nos diferentes "capitalismos", inclusive, atingindo classes sociais dentro de seus respectivos cenários. É possível observar uma série de políticas de privatização e desregulamentação da economia, que traduzem o caráter da nova norma neoliberal, no fim dos anos 1980, e que consolidam a concorrência como uma regra última de governo. As organizações internacionais têm um papel fundamental na difusão e consolidação dessa nova norma mundial. O FMI e o Banco Mundial alteram suas políticas drasticamente nesse período, visto que passa a existir uma adesão por parte dos governos mais "potentes" à nova racionalidade governamental. Portanto, economias mais frágeis passam a se compactar conforme nova norma mundial, sob pena de não obterem auxílio das organizações internacionais e sofrerem com a imagem desprestigiada diante dos outros governos. O resultado final é um *sistema disciplinar mundial*,

[19] MORAIS, Reginaldo C. O legado de Margareth Thatcher. Revista Conjuntura Internacional. Minas Gerais, Volume 10, n° 02, 2013, p. 20.
[20] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 189-190.
[21] HUBERT, Dreyfus; RABINOW, Paul. Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 236.

derivado de uma série de experimentações realizadas com dispositivos disciplinares desde os anos 70.[22]

> [...] dos anos 1930 aos 1970, o sistema financeiro era enquadrado por regras que visavam a *protegê-lo dos efeitos da concorrência*. A partir dos anos 1980, ele continua a ser submetido a regras, mas estas mudam radicalmente, já que visam a *regulamentar a concorrência geral* entre todos os atores financeiros em escala internacional.[23]

"O futuro parece bloqueado" é com essa constatação que Dardot e Laval iniciam o livro "Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI". Dessa forma, discorrem a respeito do capitalismo e o desenvolvimento de sua lógica que se entranha por toda a sociedade. Consequentemente, constatamos que, apesar da pressão capitalista ter sido dissipada por políticas redistributivas após a Segunda Guerra Mundial, nos anos 80 o neoliberalismo, sustentado ironicamente por políticas públicas, apresenta-se como implacável.[24]Segundo os autores, a derrocada daquilo que parecia ser uma alternativa socialista, emersão do neoliberalismo, enfraquecimento dos trabalhadores organizados e o aumento da xenofobia e do nacionalismo são fatos que levantam dúvidas sobre possíveis resistências, que afloram através das forças sociais, e possibilidades de abertura para novos modos de organização que nos guiem para um *além do capitalismo*.[25]

Apesar disso, a reinvindicação pelo *comum,* que designa o surgimento de novas formas de contestar e superar o sistema hegemônico, é trazida para a pauta através de lutas sociais que contestam a ordem capitalista e o Estado empresarial. Verificam-se, deste modo, combates e movimentos que rejeitam a dinâmica do capital e procuram novas formas de ação para resistir à tendência dominante.[26] Em uma análise mais profunda, constata-se, portanto, que o sistema que se constitui, longe de ser blindado diante de subversões e indignações, transfigura-se como uma sociedade neoliberal que tem como característica a instabilidade do

[22] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 189-243.
[23] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 202 .
[24] David Harvey associa o surgimento do neoliberalismo ao avanço de práticas de acumulação que tem sido potencializadas por estratégias econômicas ligadas aos interesses dos mercados financeiros. Consequentemente, as privatizações, nas mais diversas áreas da sociedade, o aprofundamento da mercantilização e os ataques a legislação trabalhista, em escala mundial, revertem de forma brusca a desmercantilização que acontece após a Segunda Guerra Mundial. HARVEY, David. O novo imperialismo. São Paulo: Loyola, 2005. p. 115- 148.
[25] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 11-12.
[26] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 16.

exercício do poder.[27] O ciclo global de lutas, vivenciado nas mais diversas partes do mundo, com seu início em meados de 2011, tem em sua composição novas formas de oposição, trazendo consigo uma série de experimentações que possibilitam a abertura para novas possibilidades políticas. A própria organização dos movimentos sociais, que resistem à nova lógica governamental, já revela o caráter político das manifestações. O uso das redes sociais possibilita o surgimento de estruturas descentralizadas e com pitadas de horizontalidade. A pluralidade de pautas é clara, com ideias fortes que são organizadas na direção de reinvindicações pelos direitos sociais. Os manifestantes contestam, de forma direta e indireta, medidas que são adotadas pelos Estados que têm por objetivo solucionar problemas econômicos, assim, apontando o verdadeiro fundamento da crise: a nova governamentalidade.

3. BREVES RESISTÊNCIAS AO SISTEMA HEGEMÔNICO MUNDIAL

A crise da globalização, segundo Dardot e Laval, uma crise global do neoliberalismo como modo de governar as sociedades[28], devasta parte considerável dos direitos trabalhistas e sistemas de proteção. Essa é uma tendência perceptível verificada em todo o sul da Europa. Inclusive, chegando a afetar países com grandes sistemas de proteção social. Ruy Braga demonstra isso a partir do caso da França, que apesar de apresentar um sistema de proteção social robusto, passa por processos de desmanche neoliberal dos direitos trabalhistas. Em geral, poderíamos dizer que no continente europeu a promessa do progresso ocupacional e proteção trabalhista estimulou diferentes forças sociais do trabalho, em diferentes contextos, em especial, após o colapso do "ciclo autoritário", que se manteve até meados de 1970. Todavia, com o surgimento e perpetuação de políticas neoliberais no final dos anos 80, o que se constata é a inviabilização da efetivação de promessas pela cidadania salarial. O modelo fordista liderado pela social-democracia europeia, que era a barreira frente à instabilidade das classes subalternas, extingue-se, ampliando a inquietação social.[29]

Contudo, podemos encontrar a instabilidade produzida pelo neoliberalismo, não só no continente Europeu, mas nas diferentes regiões do globo. "De Seattle a Porto Alegre, contramovimentos espontâneos estariam emergindo, pragmaticamente, na esteira da nova

[27] CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe. Enigma do Disforme: neoliberalismo e biopoder no Brasil global. Rio de Janeiro: MAUAD Editora Ltda., 2018. p. 7.
[28] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 27-32.
[29] RUY, Braga. A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 41.

onda de mercantilização causada pela globalização".[30] Dessa maneira, o chamado "Sul global" também transparece no sistema como região de instabilidade. O aumento das mulheres nos postos de trabalho, a flexibilização e o aumento da informalidade, que são verificadas na escala global, também, são fatos que afetam o sul do globo.[31] A crise da globalização revela uma versão ainda mais agressiva de políticas neoliberais, fazendo com que o trabalhadores paguem a conta da crise, nas diferentes regiões do mundo, resultando em um padrões de vida cada vez mais baixo e planos de austeridade rigorosos.[32] Portanto, as contradições do desenvolvimento capitalista fornece as bases para a internacionalização política dos trabalhadores, resultando em contramovimentos em escala global. As lutas sociais que emergem nesse contexto se estruturam a partir de novas demandas, organizando-se de maneira diferenciada e apresentando em sua composição novos atores, muitas vezes, historicamente excluídos das arenas de combate.[33] Manuel Castells, compreende que revoltas ocorridas na Tunísia e na Islândia são o começo de um padrão que irá constituir os novos movimentos sociais.[34] A revolução egípcia, as insurreições árabes, os Indignados na Espanha e o Occupy Wall Street acompanham o padrão emergente. Bruno Cava reitera o ponto e anuncia características que serão explicitadas em seguida:

> Em primeiro lugar, tem o fator global. Não falar dele seria deixar passar uma peça muito importante no quebra-cabeças. Como não ver pontos em comum entre o que está acontecendo no Brasil e na Turquia, ou no Egito, como parte do ciclo global disparado pelas revoluções árabes em 2011? Multidões saem para as ruas, se encontram, se organizam, exprimem a indignação acumulada. Não ficam só no grito: ocupam, acampam, geram mídia, debates, propostas, aparecem novos grupos e coletivos. Autoconvocadas principalmente pelas redes sociais, elas se organizam de maneira transversal, sem um centro, sem ideologia, bandeira ou liderança unificadas. Pelo contrário, nos protestos, frequentemente emergem narrativas conflitantes, pautas fragmentárias, quereres muitas vezes contraditórios e inconciliáveis.[35]

[30] RUY, Braga. A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 29.
[31] STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
[32] RUY, Braga. A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 21-35.
[33] GOHN, Maria da Glória. Sociologia dos movimentos sociais. São Paulo: Cortez, 2014. p. 11.
[34] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 116-222.
[35] CAVA, Bruno. A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013 (jun – out). São Paulo: Annablume, 2013, p. 49.

Claramente, as manifestações que surgem no contexto global estão localizadas em ambientes extremamente diferenciados. Ou seja, diferentes culturas, níveis de desenvolvimento e condições econômicas. Enquanto na Europa e nos Estados Unidos, a crise financeira desencadeia as manifestações, nos países árabes, as revoltas tinham por seu fundamento derrubar ditaduras. Ainda, o Brasil, Turquia e Chile são democracias com um desenvolvimento econômico substancial na última década. Apesar dos movimentos nascerem nas mais diversas partes do mundo, cada um com suas particularidades, expressando condições especificas de cada cenário, fica claro que existem características semelhantes que são constituidoras da emersão dos movimentos. Além disso, podemos observar a conformidade entre as diversas técnicas utilizadas, estabelecendo novos modos de atuação. Portanto, a tese é de que, apesar de suas particularidades, as características que são comuns a todos os movimentos permitem a identificação de *redes de indignação e esperança* que compõe o panorama mundial.

A maioria dos movimentos descritos compartilham algumas questões que aparecem como decisivas. Primeiramente, a crise de legitimidade do sistema político, seja ele autoritário ou democrático.[36] Partidos políticos são desprezados e a corrupção é pauta recorrente. O resultado disso é uma sensação de sufocamento por parte da população. Independetemente da situação que a população se encontra, não há um sentimento de representação nas instituições políticas. As multidões passam a se utilizar de outros meios para expressar seus anseios e necessidades. Assim, podemos observar diversas táticas sendo desenvolvidas com objetivo de ocupar espaços públicos. Existe uma persistência das manifestações pela permanência nas ruas, reivindicando, entre outras demandas, o direito à cidade.[37]

Outra característica essencial, comum ao contexto de formação dos movimentos expostos, é a comunicação autônoma. Não se trata apenas da internet, mas da comunicação através de redes sociais como um todo. Massimo Di Felice define esse tipo de movimentação como "movimentos net-ativistas".[38] Porém, não se pode dizer que são as redes sociais as causadoras últimas desse tipo de movimento, isto é, a existência das redes é condição necessária para que os movimentos surjam no novo enredo global, mas não são, por si só, suficientes para que eles se consolidem.[39] É necessário um determinado nível de inquietação

[36]CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 169-170.

[37] Para entender melhor o significado de "direito à cidade" ler: HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

[38] DI FELICE, Massimo. Ser redes: o formismo digital dos movimentos net-ativistas. Revista MATRIZes. São Paulo, Volume 7, n° 02, Julho/Dezembro 2013, p. 49-71.

[39] Um levantamento Global feito por Gustavo Cardoso explicita que menos de 18% das pessoas usavam as redes sociais para organização de campanhas políticas e sociais. Constata-se que a presença constante nas redes

social, que é capaz de elevar o potencial das revoltas, para que o uso das mídias sociais permita que insubmissões individuais se tornem protestos e, posteriormente, se transfigurem movimentos sociais.[40] Também, os movimentos desenrolam-se, de maneira geral, de forma espontânea. Ou seja, são desencadeados por redes de indignação derivadas de episódios fortuitos e dramáticos[41] que consolidam um sentimento de aversão ao capitalismo financeiro e seus frutos que se entranham no espaço substancial das mais diversas sociedades.[42] Por fim, existe uma variedade muito grande de pessoas integrando os empreendimentos que visam rupturas, com as mais diferentes concepções de vida, reunidas para expressar sua insatisfação profunda em relação às estruturas consolidadas que produzem miséria e desigualdade.

Segundo Slavoj Žižek, a tendência geral do capitalismo global é a expansão de mercados, limitação do espaço público, diminuição de serviços direcionados à população e o aumento constante do autoritarismo que emerge do poder político. As características das revoltas sociais expressas anteriormente revelam a relação dos movimentos com a crise do neoliberalismo como modo de governar as sociedades. A expansão do capitalismo global é complexa e afeta os mais diversos cenários. Assim, aquilo que fundamentalmente unifica os protestos é que eles são, em sua base, múltiplas reações contra a globalização capitalista.[43]

É na história das lutas e dos dispositivos de poder que a instabilidade revela o fundamento das transformações sociais. A dominação passa a ser vista como uma estrutura global que distribui sua influência para as regiões mais sinuosas das sociedades. Em suma, existe a dominação de grupos heterogêneos. As resistências e revoltas decorrentes dessa dominação são um fenômeno central na história das sociedades. É por ser possível perceber a dominação em uma escala global e massiva, que são reveladas novas relações de poder, evidenciando a maneira pela qual a governabilidade neoliberal se perpetua.[44] Dessa forma, os movimentos que surgem no cenário global representam uma breve resistência, reivindicando outros caminhos, outras formas de existência, trazendo consigo um

sociais é uma característica da maioria da população mundial, assim, ao protestar utilizam as redes sociais. Porém, as pessoas não necessariamente protestam. CARDOSO, Gustavo. Movialización social y médios sociales. In: El poder de las redes sociales. Vanguardia Dossier. Barcelona, n° 50, Janeiro/Março 2014. p. 17-28.

[40] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 171-173.

[41] SAFATLE, Vladimir. Só mais um esforço. São Paulo: Três Estrelas, 2017. p. 110

[42] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 166.

[43] ŽIŽEK, Slavoj. Problemas no Paraíso. In: Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.

[44] HUBERT, Dreyfus; RABINOW, Paul. Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 242.

dinamismo próprio e irreproduzível como resposta frente à forma na qual se transfiguraram os mais diversos dispositivos estratégicos de controle.

4. UMA SINTÉTICA CONTEXTUALIZAÇÃO DAS JORNADAS DE JUNHO DE 2013 NO BRASIL

Em junho de 2013, o Brasil experimenta alguns dos maiores protestos em sua história. Milhões de pessoas ocupam ruas e redes expressando sua contundente indignação. Logo, poderíamos descrever esses eventos como o conjunto mais importante de revoltas na história recente do Brasil. Constituída a magnitude dos eventos que se passaram em 2013, muitas leituras a respeito dos acontecimentos foram feitas. Desde interpretações que observavam as Jornadas de Junho como uma exigência final pela restruturação de mecanismos de consenso e governo, até interpretações que mergulham nos afetos, paixões e razões que constituíram as revoltas.[45]

Contrariando o pensamento inicial de que a crise econômica é o fundamento de todas as inquietações que despontam no cenário global verifica-se que Jornadas de Junho transcorrem em um cenário no qual a prosperidade econômica é um fato. Isto é, o movimento que surge no Brasil é tradução direta da comunicação íntima com o sistema global, dessa maneira, o cenário expõe de forma mais visível o esgotamento da forma neoliberal de conduzir as sociedades.[46]

O cenário brasileiro será caracterizado por um modelo que André Singer descreve como "reformismo fraco". [47] Entre 2003 e 2014, o Brasil experimentou uma tentativa de introdução de um modelo desenvolvimentista, mas que não é acompanhado de uma reforma estrutural e uma quebra real de ordens institucionais. O modelo apresenta-se repleto de contradições e é marcado por uma trajetória que leva ao seu eventual esgotamento. As políticas neoliberais inseridas dentro do programa lulista expõe as fragilidades estruturais do sistema e perpetuam núcleos de poder.[48] Basicamente, tratamos de um processo histórico interno, mas também, uma dinamicidade estabelecida entre o Brasil e o cenário neoliberal global. É possível observar um entrelaçamento entre o contexto global e características específicas do cenário brasileiro que resultam em ondas revoltosas.

---

45 CAVA, Bruno. A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013 (jun – out). São Paulo: Annablume, 2013, p. 12.
46 BONFIGLI, Fiammetta. Jornadas de Junho?: movimentos sociais e direito nas ruas de Porto Alegre. Canoas: Unilasalle, 2017. p. 93.
47 SINGER, André. Os sentidos do lulismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
48 SAFATLE, Vladimir. Só mais um esforço. São Paulo: Três Estrelas, 2017. p. 79 -81.

Além disso, os protestos, que têm seu marco inicial na cidade de Porto Alegre[49], são marcados de forma brusca pela repressão e pela criminalização.[50] Para Vladimir Safatle, o Brasil é um Estado que se funda em violência. É como se o governo brasileiro se sustentasse em uma atualização do poder soberano e o direito de vida e morte, ao mesmo tempo que gera invisibilidade, alimenta uma dinâmica de guerra civil e cria coesão de narrativas através do estabelecimento de inimigos artificiais internos. Esse tipo de tática, que teve sua forma mais bem acabada no contexto da ditadura civil-militar (1964-1985), retorna e dá continuidade à perseguição de pessoas fundamentando-se na existência de um *inimigo*, herdando, também, as polícias militar e civil uma atuação com equivalente ou superior agressividade sobre a população que sai às ruas para reivindicar as mais diversas pautas.[51]

Dessa forma, podemos observar que, mesmo nas sociedades constituídas e caracterizadas pela existência de tecnologias de poder biopolíticos, o uso da violência pelo Estado é presente na medida em que técnicas de controle falham. O gerenciamento das pessoas é feito a partir de instrumentos de verticalização e hierarquização social advindos do Estado e que objetivam o restabelecimento da dominação integral. A criminalização dos movimentos sociais é concretizada em variadas frentes, desde o estabelecimento de inimigos internos, através de narrativas paradoxais, até a partir da atuação derivada da própria justiça criminal, resultando em um poder judiciário que é conveniente e ator dentro do processo da criminalização.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo central interligar a nova razão neoliberal, resistências que emergem no cenário global e processos de criminalização que são utilizados pelo Estado para a manutenção do *status quo*. As conclusões preliminares do estudo indicam que nem mesmo as sociedades equipadas com as mais diversas tecnologias de controle renunciam à violência nos momentos nos quais se julga necessário conter as massas.

---

[49] "Vários elementos confluíram para que Porto Alegre virasse o teatro dos protestos massivos em 2013. Como se percebe, todos os elementos para a indignação estavam em ebulição antes de 2013 e também previamente ao mês de junho. Porto Alegre, pois, parece ser o lugar em que a criação do Bloco de Luta, mas, sobretudo, a resistência contra a violência policial, inspirou outras cidades a se levantar contra o aumento da tarifa do transporte público." BONFIGLI, Fiammetta. Jornadas de Junho?: movimentos sociais e direito nas ruas de Porto Alegre. Canoas: Unilasalle, 2017. p. 43.

[50] COSTA, Renata Almeida; SCHWARTZ, Germano; BRANDÃO, Alexandre. As respostas do Direito e da Política às Jornadas de Junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na cidade de Porto Alegre. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Volume 115, 2015.

[51] SAFATLE, Vladimir. Só mais um esforço. São Paulo: Três Estrelas, 2017. p. 59-68.

O bloco de lutas que surge no cenário mundial, representando uma breve resistência ao sistema global, na medida em que ameaça a conjuntura que se perpetua, revela seu potencial de transformação em tempos críticos. Tal cenário revoltoso expõe uma indignação que pauta de forma comum o cenário mundial. Os novos movimentos sociais são marcados pela tentativa de distanciamento das instituições hierarquizadas, visto que existe uma crise da representatividade política tradicional. Além disso, criaram novos espaços a partir do entrelaçamento entre a ocupação de espaços urbanos e espaços digitais. Assim, a comum onda de revolta mostra a insatisfação com os efeitos diário do neoliberalismo, que perpassa por todas as esferas da vida humana.

Quando a governamentalidade estar em ameaça, é inevitável, dentro do cenário desenhado anteriormente, que tais momentos revoltosos escapem das mais diversas técnicas de coerção, que têm por finalidade o restabelecimento da ordem social, visto que as estruturas de poder punitivo e o sistema de justiça, que se utiliza de práticas inquisitoriais, estão a serviço da governamentalidade vigente. No Brasil, os processos de criminalização são constantemente verificáveis. A estrutura inquisitorial garante que o poder punitivo consiga conter ostensivamente a indignação ao passo de que as revoltas representam uma ameaça a racionalidade hegemônica. É a partir da exposição das características específicas que compõem o contexto brasileiro, isto é, um país que, nos últimos anos, foi marcado por reformas perpetuadoras de núcleos de poder, conjuntamente com a exposição de um cenário global composto por regras normativas neoliberais, em que é possível tentar compreender a emersão das Jornadas de Junho de 2013 no Brasil e sua eventual contenção.

É nesse cenário conflituoso que a questão da *alteridade* deve ser observada com real dedicação, visto que tal categoria tem a potencialidade de se transfigurar em uma tática de resistência a processos criminalizadores. Pensar em novas possibilidades dentro de um contexto capitalista não transparece como uma tarefa branda, justamente o contrário, é um processo acompanhado de dor, pois, quando esse tipo de experiência mental é posto em prática é como se tivéssemos nos "auto-incriminando".[52]Aquilo que se apresenta como mais simples é a criminalização do Outro, à medida em que depositamos em ideias limitadas tudo o que é repugnante em nós mesmos. Ou seja, tratamos de contatos que são totalizantes.

A alteridade se traduz no conteúdo do Outro a partir do Outro, jamais do Eu. Assim, a verdadeira relação não procura o conhecimento do Outro, sempre objetivador e produtor de estereótipos, todavia, existe quando se vive com responsabilidade ética e práticas de

[52] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. Revista de Estudos Criminais. São Paulo, Volume 8, nº 29, 2008. p. 59-64.

acolhimento perante a qualquer um que se apresenta.[53] Não seria correto tentar diminuir o Outro a aquilo que tenho capacidade de absorver, e, sim, embarcar na aventura das relações não violentas, que nos desafiam de modo imprevisível.[54] Trata-se de assumir um compromisso ético. Quando o rosto do Outro se direciona até nós, a obrigação da resposta é a representação da ética da alteridade. Não se trata de uma subordinação baseada em leis universais ou estruturas estatais, mas, sim, baseada em um encontro histórico e empírico.[55] Quanto maior a indisposição das pessoas para conceberem o Outro enquanto totalmente Outro, abrindo-se para a experiência de infinitas realidades, maiores serão as possibilidades de criminalização e repressão postas em prática pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBRÓZIO, Aldo. Governamentalidade neoliberal: disciplina, biopolítica e empresariamento da vida. Revista Kénesis. São Paulo, Volume 4, n° 08, Dezembro 2012.
BONFIGLI, Fiammetta. Jornadas de Junho?: movimentos sociais e direito nas ruas de Porto Alegre. Canoas: Unilasalle, 2017
CARDOSO, Gustavo. Movialización social y médios sociales. Vanguardia Dossier. Barcelona, n° 50, Janeiro/Março 2014.
CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
CAVA, Bruno. A multidão foi ao deserto: as manifestações no Brasil em 2013 (jun – out). São Paulo: Annablume, 2013.
CAVA, Bruno; COCCO, Giuseppe. Enigma do Disforme: neoliberalismo e biopoder no Brasil global. Rio de Janeiro: MAUAD Editora Ltda., 2018. p. 7.
COSTA, Renata Almeida; SCHWARTZ, Germano; BRANDÃO, Alexandre. As respostas do Direito e da Política às Jornadas de Junho: uma análise da judicialização e do processo de criminalização na cidade de Porto Alegre. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Volume 115, 2015.
DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.
DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI. São Paulo: Boitempo, 2017.
DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. Conversações. São Paulo: Editora 34, 2013.
DI FELICE, Massimo. Ser redes: o formismo digital dos movimentos net-ativistas. Revista MATRIZes. São Paulo, Volume 7, n° 02, Julho/Dezembro 2013.
DOUZINAS, Costas. O *fim* dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009

[53] LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e infinito: Ensaio sobre a exterioridade. Coimbra: Edições 70, 2018. p. 19-21.
[54] PINTO NETO, Moysés da Fontoura. O rosto do inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do inimigo como racionalidade biopolítica. 221 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4754/1//399127.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2018. p. 161
[55] DOUZINAS, Costas. O *fim* dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 356.

FLUGGE, Denner William Souza; Dos Passos, Aruanã Antônio. Soberania, disciplina e biopoder: dimensões de analítica do poder em Michel Foucault. Revista Cadernos Zygmunt Bauman. Maranhão, Volume 3, n° 05, 2013.
PINTO NETO, Moysés da Fontoura. O rosto do inimigo: uma desconstrução do Direito Penal do inimigo como racionalidade biopolítica. 221 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, 2008. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4754/1//399127.pdf. Acesso em: 14 de julho de 2018.
FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de março de 1976. In: Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Editora Nau. 2005.
FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972 – 1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015
FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Rio de Janeiro: Graal, 2016.
GOHN, Maria da Glória. Sociologia dos movimentos sociais. São Paulo: Cortez, 2014.
HARVEY, David. O novo imperialismo. São Paulo: Loyola, 2005.
HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
HUBERT, Dreyfus; RABINOW, Paul. Michel Foucault: uma trajetória filosófica (para além do estruturalismo e da hermenêutica). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
LEVINAS. Emmanuel. Totalidade e infinito. Totalidade e infinito: Ensaio sobre a exterioridade. Coimbra: Editora Edições 70, 2018.
MORAIS, Reginaldo C. O legado de Margareth Thatcher. Revista Conjuntura Internacional. Minas Gerais, Volume 10, n° 02, 2013.
RUY, Braga. A rebeldia do precariado: trabalho e neoliberalismo no Sul global. São Paulo: Boitempo, 2017.
SAFATLE, Vladimir. Só mais um esforço. São Paulo: Três Estrelas, 2017
SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Criminologia e alteridade: o problema da criminalização dos movimentos sociais no Brasil. Revista de Estudos Criminais. São Paulo, Volume 8, nº 29, 2008.
STANDING, Guy. O precariado: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
ŽIŽEK, Slavoj. Problemas no Paraíso. In: Cidades rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.

Das jornadas de junho ao *impeachment* de Dilma: análise da democracia brasileira contemporânea

Antonio Celso Baeta Minhoto[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. *Terra em transe*: o Brasil de 2013 a 2016. 3. Reeleição de Dilma, os protestos de 2015 e o *impeachment*. 4. O papel da imprensa no *impeachment* de Dilma: atuação democrática? 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Os últimos três anos do ambiente político-social brasileiro foram intensos e seguem sob essa tensão, bastando olhar o quadro eleitoral atual, inclusive com um ex-presidente preso. O foco aqui, diga-se logo, é buscar afastar-se das análises mais apaixonadas e sectárias, algo especialmente amplificado pelo largo uso das mídias sociais, uma espécie de nova ágora em que todos têm liberdade para se manifestar, mas a qualidade, e principalmente a veracidade, do que se possa alegar é de difícil ou às vezes inviável apuração.

Pretende-se aqui, a partir de uma visão analítica de certos fatos, se construir algumas reflexões que, espera-se, possam representar uma visão mais científica, acadêmica e ponderada sobre tais fatos, sem preocupações ou compromissos em defender esta ou aquela ideologia política ou, menos ainda, partidária. Se o presente trabalho estimular reflexões outras sobre o mesmo tema, ou conjunto de temas aqui trazidos, plenamente cumpridos estarão seus propósitos.

2. *Terra em transe*: o Brasil de 2013 a 2016

Em 1967, o falecido cineasta Glauber Rocha lançava um filme que viria a tornar-se verdadeiro ícone do cinema brasileiro, *Terra em Transe*. O enredo do filme é simples: o senador Porfírio Diaz (Paulo Autran) detesta seu povo e pretende tornar-se imperador de Eldorado,

[1] Doutor em Direito Público pelo Instituto Toledo de Ensino – ITE, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Afiliação: Universidade Cruzeiro do Sul e Universidade Municipal de São Caetano do Sul.

um país localizado na América do Sul. Porém existem diversos outros homens que também querem este poder, e resolvem enfrentá-lo. Enquanto isso, o poeta e jornalista Paulo Martins (Jardel Filho), ao perceber as reais intenções de Diaz, muda de lado, abandonando seu antigo protetor. A trama acima desenhada é desenvolvida de modo dramático, intenso, barroco, bem ao estilo de Glauber. Mas o que isso tem a ver com a democracia recente no Brasil? Alguma coisa parece ter a ver, especialmente a dramatização do enredo, os extremismos de ações e de opções ideológicas, bem como, claro, o desfecho em alta voltagem de todo esse processo com o *impeachment* de Dilma Rousseff.

Em 2013 a sociedade brasileira foi tomada por um movimento que nem era totalmente desconhecido, mas que ressurgia com renovada força: a manifestação pretensamente carente de ideologia política, espontânea em sua organização e assumidamente apartidária. Nomeada como "manifestações dos 20 centavos" – por conta da tarifa de ônibus que havia sido reajustada em R$ 0,20 – "manifestações das placas" ou "jornadas de junho", foi um movimento que, de algum modo, ecoou outros movimentos mundiais, seguindo a mesma lógica de forte apoio das mídias sociais e *internet*, bem como "propagação viral" de protestos, como a Primavera Árabe, no mundo árabe, *Occupy Wall St*, nos Estados Unidos, e *Los Indignados*, na Espanha[2].

O leque de temas presentes nas manifestações era extremamente amplo. Como causas, se apontavam aumentos nas tarifas de transporte público; transporte público insuficiente e de má qualidade; repressão policial violenta aos protestos; serviços públicos (em geral) de má qualidade; gastos públicos exorbitantes em grandes eventos esportivos internacionais; taxas elevadas de corrupção política e impunidade. Mas motes como "quero hospital, não quero copa" (alusão à copa do mundo de futebol a se realizar em 2014); "o povo unido não precisa de partido"; "verás que um filho seu não foge à luta"; "desculpe o transtorno, estamos construindo um país", tomaram conta da pauta de reivindicações, dando o tom amplo e inespecífico das manifestações, algo bastante compreensível por sua própria espontaneidade. Maria da Glória Gohn comenta[3]:

> O crescimento das manifestações levou à ampliação das demandas com um foco central: a má qualidade dos serviços públicos, especialmente transportes, saúde, educação e segurança pública. As manifestações fazem parte de uma nova forma de movimento

[2] Disponível em http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130623_protestos_pressreview_bg.shtml, acesso em 1º de maio de 2018.

[3] **A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais**. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v27n71/a13v27n71.pdf. Acesso em 1º de maio de 2018.

> social, que se caracteriza por participação de uma maioria de jovens escolarizados, predominância de camadas médias, conexão por e em redes digitais, organização horizontal e de forma autônoma, e crítica às formas tradicionais da política da atualidade – especialmente os partidos e os sindicatos.

Muito embora, àquela época, os governos (federal, estadual, municipal) então vigentes tenham procurado responder de forma positiva aos anseios dos manifestantes, não somente congelando o valor da tarifa, mas agindo no sentido de atender certas demandas, culminando, por exemplo, com o engavetamento da PEC 37 que limitava os poderes de investigação do Ministério Público, bem como tornando a corrupção crime hediondo, o fato é que as manifestações não foram bem compreendidas pelo mundo político.

De fato, Rui Falcão, presidente do PT, incentivou a militância petista a "*engrossar os protestos*" e "*identificar as demandas e seus interlocutores*", enquanto Jacques Wagner, governador da Bahia na ocasião, e também petista, dizia que era preciso "*se evitar a glamourização do movimento*", sendo necessário "*organizar a demanda, senão vira Woodstock*"[4]. Bem lidos os fatos posteriores ao movimento, fica clara a influência das ideias centrais ali veiculadas na dinâmica político-social observada, mas nenhuma das reivindicações articuladas foi efetivamente atendida ou, nem mesmo, ingressaram na pauta das discussões formais junto ao Congresso ou nos canais formais democráticos.

Duas ocorrências indicavam a persistência da insatisfação manifestada: a então presidente Dilma foi vaiada na abertura da Copa das Confederações em 2013 e tornou a receber o mesmo tratamento na abertura da Copa do Mundo de Futebol, em 2014[5]. A vaia à Dilma dividiu opiniões, mas indicou uma cisão no que se refere à sua imagem junto à população, cujos desdobramentos históricos mostraram ser algo irreversível. Em seu primeiro mandato, Dilma conseguiu imprimir uma marca pessoal e, em boa medida, desvinculada de Lula, seu antecessor e "padrinho político".

Com um estilo austero e de valorização da ética, sua administração foi bem recebida, trazendo consigo inclusive uma espécie de promessa de aprofundamento do projeto popular petista de política, logrando materializar o que Lula não havia conseguido em seus dois

[4] Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1298677-jacques-wagner-critica-adesao-do-pt-a-manifestacoes-pelo-pais.shtml, acesso em 1º de maio de 2018.
[5] Disponível em http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/06/dilma-e-hostilizada-durante-abertura-da-copa-do-mundo-em-sao-paulo.html, acesso em 15 de junho de 2018.

mandatos, especialmente no campo da inclusão social. O professor do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Eduardo Costa Pinto, bem observa este aspecto[6]:

> À época, o estilo contundente da Dilma, em comparação com o estilo conciliador de classes adotado pelo ex-presidente Lula, sinalizaria, para muitos, uma nova etapa de medidas econômicas e reguladoras que poderiam domesticar o excludente capitalismo brasileiro (caracterizado por altas taxas de rentabilidades, especialmente do segmento bancário-financeiro; elevada concentração da renda e da propriedade; e elevada pobreza, a despeito das melhorias sociais verificadas nos anos anteriores). Dilma estaria indo além do Lula, rompendo o "acordo" entre a cúpula do Partido dos Trabalhadores (PT) – comandada pelo ex-presidente e por Dirceu – e os setores dominantes brasileiros; e avançando na estratégia de desenvolvimento sustentado e inclusivo para a população brasileira.

Experimentando uma mescla de desgaste do modelo anterior político-social, herdado de seu antecessor, com outras fontes de atrito, de amplo espectro, caminhando desde aspectos de ambiente exterior desfavorável, passando por decisões administrativas equivocadas e chegando em elementos pessoais problemáticos[7] – bem distintos do carisma e da habilidade de Lula – Dilma ingressa na campanha eleitoral de 2014 num clima extremamente desfavorável, o que só poderia gerar o observado na sequência: a mais agressiva campanha política para Presidente da República da história da recente democracia brasileira.

3. Reeleição de Dilma, os protestos de 2015 e o *impeachment*

Superando esse clima adverso, Dilma se reelege. A superação mencionada, nada obstante, mostrou-se bastante relativa. Não apenas o

---

[6] **PINTO**. Eduardo Costa. **Dilma: de "coração valente" à "presidenta acuada"**. Disponível em http://www.academia.edu/14967341/Dilma_de_cora%C3%A7%C3%A3o_valente_%C3%A0_presidenta_acuada_, acesso em 15 de junho de 2018. O governo Lula não é o nosso foco aqui, eis que recortamos um período temporal posterior aos seus dois mandatos, mas sua política de inclusão das classes menos abastadas, especialmente a chamada "ascensão da classe C", mostrou-se bem-sucedida, o que se diluiu com Dilma. Para melhor análise dessa política inclusiva de Lula, ver **BOITO JR**., A. Governos Lula: a nova burguesia nacional no poder. In: BOITO JR., A; GALVÃO, A. (Orgs.). **Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000**. Alameda Casa Editorial: São Paulo, 2012.

[7] Eduardo Costa Pinto, op. cit., observa, sobre Dilma que "*no campo da habilidade política a presidenta mostrou-se um desastre. A sua incapacidade de dialogar mostrou-se impressionante. Não recebia deputados e senadores, até mesmo do seu partido. O governo foi perdendo votações e sua capacidade de pautar agendas no Congresso Nacional, ampliando a insatisfação no âmbito da cena política*".

resultado da eleição foi "apertado" em relação ao candidato derrotado Aécio Neves (Dilma 51,64% x Aécio 48,36%), como as condições sociais e econômicas se deterioravam rapidamente, mais uma vez por força de decisões administrativas equivocadas, bem como em decorrência das atividades investigativas da operação Lava-Jato, cujas prisões e delações de personagens ligados ao universo político eram cada vez mais frequentes.

O foco aqui não é esmiuçar o processo que levou ao *impeachment* de Dilma, mas apenas destacar alguns fatos marcantes relacionados a tal evento. Inicialmente, fica claro que Dilma e o PT não consideraram, com a relevância pertinente, as manifestações populares que se sucederam à eleição de 2014, bem como – e talvez seja este o elemento principal – não houve articulação suficientemente adequada do governo Dilma junto ao Congresso Nacional, notadamente junto à Câmara Federal de Deputados.

Com uma economia agora refém dos eventos políticos, um quadro social em rápida deterioração e um clima de enfrentamento ao qual se poderia nominar de "3º turno" das eleições, Dilma, como já dito, seguia resistindo em enxergar o quadro todo de modo mais realista e, comprovando esse alheamento da realidade, em meados de junho de 2015, em plena efervescência da crise de seu governo, a ex-presidente adotou tom de enfrentamento em relação ao Congresso Nacional, sem ter força política para tanto[8].

Enquanto isso, sob intensos protestos do governo, do PT e seus aliados, o processo de *impeachment* seguia seu curso na Câmara dos Deputados, aprovado primeiro na comissão processante (11/abril/2016) e, posteriormente, no plenário da mesma casa legislativa (17/abril/2017). Encaminhado ao Senado, o veredito foi o mesmo da Câmara, com aprovação na comissão específica (4/agosto/2016) e, finalmente, culminando com o julgamento propriamente dito, o que demandou seis dias de discussões, deliberações, oitiva

[8] Em 7 de julho de 2015, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, Dilma comentou o seguinte: "*Eu não vou cair. Eu não vou, eu não vou. As pessoas caem quando estão dispostas a cair. Não estou. Isso é luta política (...) e venha tentar. Venha tentar. Se tem uma coisa que eu não tenho medo é disso. Não conte que eu vou ficar nervosa, com medo. Não me aterrorizam*". Disponível em http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/07/1652516-eu-nao-vou-cair-isso-ai-e-moleza-afirma-dilma.shtml, acesso em 12 de julho de 2018.

de testemunhas, cujo resultado foi a aprovação do impedimento da presidente de suas funções em 31/agosto/2016.

Ao longo de todo o processo de afastamento, a defesa de Dilma manejou diversos recursos junto ao STF, inclusive ao final visando rediscutir o mérito da decisão tomada pelo Senado Federal, mas não logrou êxito, tendo sido o afastamento considerado como matéria de competência exclusiva do Senado, sem possibilidade de qualquer tipo de análise e menos ainda modificação pela Suprema Corte brasileira[9]. Outros senadores, opositores do Governo Dilma, acionaram o STF para que a pena de inabilitação para exercício de função pública, não aplicada pelo Senado à Dilma, fosse reconhecida como cabível ao caso, vendo em tal situação inclusive uma "anomalia jurídica"[10].

No campo da dinâmica democrática, o que vimos no episódio do *impeachment* de Dilma Rousseff foi a instalação de um clima de enfrentamento totalmente inédito na história recente do país, especialmente após a chamada redemocratização, observada com o final do governo militar (1964-1985). Os prosélitos de Dilma passaram a trabalhar com a narrativa do "golpe" para se referir ao *impeachment*. A entidade "Mapa da Democracia", por exemplo, desenvolveu um pequeno questionário para fundamentar a visão de que Dilma era vítima de um "golpe parlamentar" e que não havia crime de responsabilidade a justificar a instauração de um processo de afastamento[11]:

> **A presidenta Dilma é acusada de algum crime?** Não. O processo de impeachment em andamento acusa a gestão da presidência da república de uso de "pedaladas fiscais". Pedaladas fiscais são atrasos no repasse do Tesouro a bancos públicos encarregados da operação financeira de alguns programas sociais. Pode-se argumentar que é uma maneira de cumprir artificialmente o orçamento, mas não é crime de responsabilidade. Portanto, não, a presidenta Dilma não é acusada de nenhum crime.

Num campo mais subjetivo, surgiu até mesmo quem defendesse a tese de que Dilma

---

[9] O próprio sítio eletrônico do Senado, sob o título "*Onze ações questionam o julgamento do impeachment de Dilma Rousseff no STF*", relata que após o afastamento de Dilma diversas ações foram manejadas junto ao STF, de um lado objetivando anular o julgamento e, de outro, visando acrescer à pena de afastamento também a pena de perda do direito de exercer função pública por 8 (oito) anos. Disponível em http://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2016/09/onze-acoes-questionam-o-julgamento-do-impeachment-de-dilma-rousseff-no-stf, acesso em 20 de julho de 2018.

[10] Disponível em http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/juristas-questionam-permissao-para-dilma-voltar-exercer-funcao-publica.html, acesso em 20 de julho de 2018. A respeito do tema, nos autos do MS 34430, a relatora, Ministra Rosa Weber, negou liminar para anular o "fatiamento" da decisão do Senado, o que permitiu a apreciação em separado do afastamento da presidente Dilma e, de outro lado, da pena de afastamento das funções públicas por oito anos.

[11] Disponível em http://www.mapadademocracia.org.br/entenda-o-golpe/, acesso em 20 de julho de 2018.

era vítima de misoginia[12]. De um ponto de vista mais técnico, a defesa de Dilma buscava identificar a inexistência de crime de responsabilidade, bem como a descaracterização das chamadas "*pedaladas fiscais*" como operações de crédito, sendo, por esta linha de interpretação, meros remanejamentos de recursos feitos pela União a fim de manter em atividade diversos programas sociais de sua titularidade, como Bolsa Família e Minha Casa Minha Vida. Ricardo Lodi Ribeiro, professor da UFRJ e integrante da equipe de defesa de Dilma, pontuou este aspecto e reafirmou a necessidade de se caracterizar operação de crédito como algo diverso do que foi feito pelo governo de Dilma[13]

Em alentado parecer sobre o tema[14], ou seja, o *impeachment* de Dilma Rousseff, o jurista e professor da PUC/SP, Pedro Serrano, contratado pelo PT para emitir uma opinião técnica sobre o caso, concluiu pela inexistência dos requisitos de instauração e processamento do impedimento. O professor destacado inicia seu estudo observando inexistir ato punível praticado pela presidente e que "*não se pode atribuir à Presidenta da República a responsabilidade por atos praticados por outros agentes da Administração Pública, para os quais a legislação determine consequências próprias, específicas*". De outro lado, várias entidades defensoras do *impeachment* argumentavam por sua estrita legalidade. O professor George Humbert sintetizou as linhas principais de defesa do *impeachment* como algo democrático e cabível no

---

[12] "*Um dos principais inimigos do governo Dilma foi a misoginia, o discurso de ódio que ultrapassa comportamentos machistas cotidianos, chegando ao ponto de extirpar do poder uma mulher eleita democraticamente. Para a sociedade patriarcal, a política representa um campo masculino, onde mulheres jamais serão bem-vindas*". **SALIBA**, Maurício Gonçalves e; **SANTIAGO**, Brunna Rabelo. **Bailarinas não fazem política? Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rousseff**. Disponível em http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/916/482, acesso em 30 de julho de 2018. A própria ex-presidente, logo após a votação final no Senado Federal que decidiu por seu afastamento, declarou ter sido vítima de um golpe "misógino, homofóbico e racista". Disponível em http://tvbrasil.ebc.com.br, acesso em 30 de setembro de 2018.

[13] "*Não se pode confundir operação de crédito, que tem um regramento jurídico próprio, inclusive quanto à vedação contida no artigo 36 da LRF, com o nascimento de um crédito em decorrência de um inadimplemento contratual, que, obviamente, não sofre as mesmas restrições. A União, como qualquer outro contratante, deve responder pelo inadimplemento das obrigações por ela assumidas com as instituições financeiras que contrata, ainda que seja controladora dessas entidades*". **RIBEIRO**, Ricardo Lodi. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment, acesso em 14 de setembro de 2018.

[14] Disponível em https://blogdotarso.com/2015/12/06/jurista-pedro-serrano-emite-parecer-contra-o-impeachment-de-dilma/, acesso em 14 de setembro de 2018. Vejamos alguns outros trechos do parecer: *(...) a aplicação do chamado impeachment à Presidenta da República em face da prática de conduta típica e ilícita no exercício de suas funções é um recurso excepcional e que demanda o acolhimento de uma compreensão da Constituição da República à luz dos princípios republicano e democrático, devendo-se evitar a compreensão literal e isolada dos seus artigos 85 e 86 e da Lei n.º 1.079/50"; "A abertura de créditos suplementares ocorreu em estrita observância às disposições normativas de regência, não havendo violação ao inciso V do art. 167 da Constituição da República e ao art. 4º da Lei n.º 13.115/2015"; "Os programas sociais viabilizados por meio do fluxo de caixa de compensação que existe entre a União e o BNDES, o BB e a CEF são operacionalizados por meio da utilização de chamadas contas de suprimento de fundos"; "(...) não se identifica conduta dolosa da Presidenta da República na abertura de créditos suplementares, o que ocorreu por meio da edição de quatro decretos em 27.7.2015 e de dois decretos em 20.8.2015, o que é afastado pelo amparo em pareceres técnicos e jurídicos exarados nos respectivos processos administrativos*".

caso de Dilma[15]:

> Dois atores fundamentais nos respondem que o impeachment não é golpe: o povo e a Constituição. O povo, via os seus representantes, fez a Constituição que previu e disciplina o processo de impeachment, bem como elegeu os congressistas, que irão dizer do cabimento e da procedência, ou não, de cada pedido. Esse mesmo povo e a sua Constituição em vigor, criou e decide o impeachment. E povo, cujo poder é soberano, baseado na Constituição, instrumento jurídico e político de expressão da vontade soberana do povo, nos dizem, de forma clara, ao ensejo dos artigos 85, 52 e 51 da Lei Maior: impeachment não é golpe, é parte da democracia.

O tradicional jornal britânico The Economist, em editorial, observou que "*não, seu impeachment* [de Dilma] *não foi um golpe, de modo algum*" e prossegue: "*o processo durou nove meses, de acordo com a Constituição e supervisionado pela Corte Suprema* [Supremo tribunal Federal]*, cuja maioria dos membros foi nomeada por Rousseff ou Luiz Inácio Lula da Silva*", observando por fim ter sido ele "*seu predecessor e líder fundador de seu partido de esquerda, o Partido dos Trabalhadores (PT)*"[16].

Obviamente o *impeachment* de Dilma mereceria não apenas um capítulo a parte, mas um livro completo a ele dedicado. Esse, contudo, não é o foco aqui. Como estamos a analisar a democracia no período indicado no tópico acima, o que nos interessa é verificar e buscar responder ao menos duas questões:

1. O *impeachment* é um procedimento extremo, finalístico, cujo desenvolvimento e conclusão se mostram extremamente desgastantes e, em assim sendo, por que tivemos dois procedimentos dessa natureza no Brasil no espaço de menos de 24 anos, ambos ocorridos em ambiente democrático?

2. O impedimento de Dilma, e isso é conclusão praticamente unânime, paralisou o país especialmente em 2015. Pode-se dizer que o país passou por verdadeira expiação, uma depuração, certamente não advinda somente do *impeachment*, mas também, de modo

[15] Disponível em https://georgeshumbert.jusbrasil.com.br/artigos/255273833/por-que-o-impeachment-nao-e-golpe, acesso em 20 de julho de 2018.

[16] Tradução livre do autor. Texto original: "*No, her impeachment was not a coup, of any description. It took place over nine months, in strict accordance with the constitution and supervised by the supreme court, a majority of whose members were nominated by Ms Rousseff or Luiz Inácio Lula da Silva, her predecessor and the founding leader of her left-wing Workers Party (PT)*", disponível em http://www.economist.com/news/americas/21706552-does-ousting-dilma-rousseff-weaken-or-strengthen-brazils-democracy-impeachment?zid=309&ah=80dcf288b8561b012f603b9fd9577f0e, acesso em 20 de julho de 2018.

especial, das inúmeras prisões, delações e acusações oriundas da operação Lava-Jato. O saldo final é positivo para a jovem democracia brasileira ou não?

Busca-se aqui não exatamente uma resposta categórica para as questões acima, porém uma reflexão que possa servir, de algum modo, para nortear outras tantas reflexões possíveis, algo bastante natural quando se observa a complexidade da temática. Para responder à primeira questão, mostra-se vital diferenciar – ainda que de modo sucinto e objetivo – os processos de impedimento de Collor e Dilma. Há, claro, pontos de contato. Os pontos de diferenciação, nada obstante, se colocam de modo natural no contexto de uma análise como essa.

Collor foi o primeiro presidente eleito democraticamente, após praticamente trinta anos. Isso porque o último presidente eleito pelo voto popular foi Jânio Quadros em 1960. Com a renúncia de Jânio, assumiu o governo o seu vice, João Goulart, apeado do poder, contudo, em 1964 por força de um golpe militar que instaurou um verdadeiro regime de exceção cuja vigência se estendeu até 1985, ano em que o Presidente da República escolhido pelo colégio eleitoral (eleição indireta), morre ante de tomar posse e a presidência é assumida por seu vice, José Sarney.

Sarney governa até 1989, ano em que se realiza, assim, a primeira eleição popular para escolha do presidente da república em trinta anos. Fernando Collor de Mello é eleito com uma plataforma de ideias muito ampla, notabilizando-se na campanha como sendo o "caçador de marajás". Sua juventude, aliada à busca do novo, a ótima *performance* de Collor na televisão, bem como o momento de renovação vivido pelo país certamente explicam em parte sua vitória no pleito eleitoral, devendo se considerar, também, a pouca afeição do eleitor brasileiro a uma análise mais objetiva dos candidatos de um modo geral, ao menos naquele momento.

Collor, contudo, era integrante de um partido novo e com pouca expressão na cena política, o PRN, o que explica em boa parte sua pouca articulação com o Congresso Nacional, especialmente a Câmara de Deputados, algo determinante para seu afastamento final. Em comum com Dilma, Collor foi igualmente tragado por diversas acusações de corrupção, uso de "caixa 2" em sua campanha, além do famigerado "esquema PC Farias", menção ao tesoureiro da campanha de Collor, Paulo César Farias. O impeachment de Collor foi o resultado de um somatório de diversos elementos, alguns mais objetivos outros claramente imponderáveis. No campo objetivo podemos colocar a gravidade dos fatos e das denúncias envolvendo seu nome, assim como a ausência de uma rede política capaz de lhe proporcionar

uma proteção, mínima que fosse. Essa rede sempre foi pequena, mas com o desgaste contínuo do governo Collor, foi ficando ainda menor e mais frágil. Isso foi determinante para o desenlace do impedimento no Congresso.

No campo dos aspectos imponderáveis, destacamos ao menos três: inicialmente, o maior e principal delator de todo o esquema de corrupção foi ninguém menos que Pedro Collor, irmão do presidente. Certamente, ter que lidar com uma questão política e ao mesmo tempo familiar revelou-se como um desafio ao mesmo tempo inédito e difícil para Fernando Collor.

Outro aspecto subjetivo, e imprevisível, foi a participação popular crescente nos protestos de rua contra Collor e seu governo. E, dentro deste aspecto, adquiriu especial relevo os estudantes transformados em pelo menos um dos grandes protagonistas das manifestações populares, personificando os famosos "caras-pintadas".

Por fim, não se pode deixar de lado o estilo pessoal de Collor, propositalmente direcionado para alguém firme, resoluto, destemido, como sua campanha sempre fez questão de destacar. No desenvolvimento do processo de *impeachment*, talvez tivesse sido de mais valia a Collor adotar um tom mais conciliador, exercer alguma auto-crítica. Claro que estamos aqui no campo das hipóteses, afinal, nunca se saberá se essa eventual mudança geraria alguma diferença concreta em favor do mencionado político.

Podemos concluir, assim, que a somatória dos elementos acima gerou como resultado o *impeachment* de Collor. Esquematicamente, podemos colocar do seguinte modo: democracia incipiente + governo frágil e mal articulado com o Congresso + denúncias de corrupção + estilo pessoal de Collor + pressão popular = *impeachment*. Já Dilma tomou parte num processo de *impeachment* com uma dinâmica diferente daquela observada no caso Collor, ao menos em alguns pontos. Um primeiro e fundamental ponto a favor de Dilma vem a ser justamente sua sustentação política, muito maior, mais forte e mais ampla do que a de Collor.

Objetivamente, o Partido dos Trabalhadores havia conseguido a eleição de Lula para a Presidência da República por dois mandatos (2003-2010) e Dilma, por sua vez, já havia cumprido um mandato na presidência (2011-2014). No momento em que Dilma é reeleita (2015-2018), portanto, seu partido (PT) era simplesmente o segundo maior partido do país, contando com 1.590.000 filiados, atrás apenas do PMDB, com 2.350.000. Essa é certamente uma diferença considerável a separar as situações de Collor e Dilma.

Outro aspecto diferenciador entre os dois casos em análise são as campanhas eleitorais respectivas. Em 1989, o próprio clima político-social no Brasil era de extrema receptividade a uma eleição presidencial que, ao cabo e ao fim, obviamente teve o clima de

disputa próprio das eleições, especialmente para Presidente da República, mas transcorreu, digamos, dentro de marcos aceitáveis de enfrentamento.

A eleição de 2014 foi não apenas acirrada em sua disputa, mas apresentou uma agressividade inédita, algo que adquiriu uma dimensão amplificada com o uso das redes sociais. Foi também uma eleição que trouxe um elemento de alta imponderabilidade, que veio a ser a morte do candidato Eduardo Campos, em plena campanha, num acidente de avião ocorrido em Santos. A entrada de sua vice na campanha, Marina Silva, apenas acirrou ainda os ânimos já exaltados por parte de Aécio Neves do PSDB e de Dilma Roussef, pelo PT.

Há, claro, pontos de contato entre Collor e Dilma referentemente aos seus impedimentos. Um primeiro ponto bastante evidente são as acusações de corrupção, devendo se registrar, contudo, que Dilma não foi acusada e nem envolvida em atos de corrupção como sendo uma partícipe pessoal de tais atos, ainda que o maior dos focos de corrupção em seu governo, o chamado "Petrolão" – envolvendo a empresa estatal Petrobrás numa série de irregularidades, malversação e desvio de verba pública, propinas, má gestão dolosa, dentre outras práticas deletérias – tivesse sido, em tese, criado e posto em marcha sob seu conhecimento ou, ao menos, sua tolerância.

Um outro ponto de contato entre os dois impedimentos ora comentados foi a pressão popular, maior e mais forte no caso de Dilma. Neste ponto, deve-se acrescer todo um desgaste de doze anos de governo petista, aliás, um desgaste que qualquer governo com tanta duração experimentaria de algum modo, mas, no caso, essa fadiga política foi especialmente majorada pelo enfrentamento profundo, agressivo como já se disse, observado na campanha de 2014 entre as candidaturas existentes, especialmente a polarização PSDB x PT.

Jairo Pimentel, pesquisador da USP, em pesquisa de campo realizada nas manifestações populares de 15 de março e 12 de abril, ambas de 2015, especificamente na cidade de São Paulo, apurou alguns dados interessantes relativamente ao perfil dos manifestantes e, no ponto que nos interessa mais de perto agora, sobre que demandas os motivavam a se manifestar. O motivo principal citado pelos entrevistados foi a corrupção (41%), seguido pela má gestão do governo Dilma (19%) e em terceiro a hipótese do "*estelionato eleitoral*" (14%)[17].

[17] **PIMENTEL**, Jairo. **Impeachment, Oposição e Autoritarismo – o perfil e demanda dos manifestantes em São Paulo**. In "*Em Debate*", Belo Horizonte, v.7, n.2 p.15-22, abr. 2015. Pimentel ainda conclui: "*Assim, os*

No caso de Dilma, a força das denúncias, delações e prisões da operação Lava-Jato, envolvendo antigos colaboradores de seu governo, políticos de sua base, além de empresas (especialmente empreiteiras) com um relacionamento amplo e profundo com o próprio PT, certamente trabalharam como elementos que foram agravando e aprofundando a crise governamental cada vez mais. Isso, aliado a um eleitorado que se sentia derrotado por uma margem mínima – refere-se aqui aos eleitores dos outros candidatos, mas especialmente de Aécio Neves – acabou formando a base de um caldo político-cultural cada vez mais desfavorável à Dilma.

No campo subjetivo, há aspectos comuns a serem considerados. Se Collor era arrogante e prepotente, e isso certamente o prejudicou, Dilma revelou alguma soberba e muita inabilidade para lidar com a situação como um todo. A estratégia adotada pelo PT, por Dilma e seu governo foi o enfrentamento, e isso mesmo em momentos em que a composição, a cessão, o "passo atrás", poderia ser mais efetivo[18]

Respondendo de modo objetivo à pergunta, ou seja, por que tivemos dois procedimentos dessa natureza no Brasil no espaço de menos de 24 anos, ambos ocorridos em ambiente democrático, parece-nos que a resposta natural é que a estrutura política e principalmente o modo de se fazer política não se modificaram substancialmente no período de tempo em foco.

O presidencialismo de coalização aqui vigente, formado por um laço de mútua dependência entre o Presidente da República e o Congresso, uma estrutura na qual o governante loteia os cargos públicos de livre nomeação entre os congressistas que o apoiarão – a chamada "base de sustentação do governo" – e estes, por sua vez, se comprometem a aprovar tudo o que o governante enviar ao mesmo Congresso, fragiliza o sistema como um todo e o torna instável.

Referentemente à segunda questão, sobre se o saldo do *impeachment* de Dilma é positivo, especificamente para a jovem democracia brasileira, quer parecer que não, muito embora a análise a partir dessa conclusão deva ser posta de modo claro. Como aspectos positivos desse processo como um todo, vimos um país em transe, como já dito, mas não

---

dados indicam que a corrupção é de fato o motivo principal para descontentamento dos entrevistados, entretanto, outras razões de desempenho do PT e de Dilma na presidência também aparecem com força como motivação para pedir o impeachment".

[18] Sobre o ponto ora destacado, Eduardo Costa Pinto comenta o seguinte: "*A presidenta realmente achou que poderia enquadrar a cena política e o bloco no poder. Ela acreditou que o seu poder estatal (sua posição de presidente) decorria de uma força própria (ao estilo weberiano) distinta do poder de classe que possibilitaria a realização de mudanças estruturais. Bastaria um desenho de especialistas, destituídos de interesses de classe, e a vontade política do governante para realizar mudanças mais amplas. Doce ilusão!*". PINTO. Eduardo Costa. **Dilma: de "coração valente" à "presidenta acuada"**. Disponível em http://www.academia.edu/14967341/Dilma_de_cora%C3%A7%C3%A3o_valente_%C3%A0_presidenta_acuada_, acesso em 15 de julho de 2018.

houve sequer indícios de qualquer tipo de ruptura, notadamente um golpe – militar ou não. As teses, algumas expressamente antagônicas, foram expostas e defendidas por seus prosélitos com ampla liberdade. Especialmente as manifestações de rua, a favor ou contra o *impeachment*, foram desenvolvidas em ambiente de tensão, de enfrentamento ideológico, mas sem episódios mais extremos ou de violência física.

As instituições, ainda que sob críticas, seguiram funcionando de modo regular. Apenas para ilustrar, veja-se que a defesa de Dilma teve assegurado um direito de defesa o mais amplamente possível, inclusive ultrapassando as previsões legais, senão vejamos: manifestou-se quando a comissão do *impeachment* foi instalada na Câmara dos Deputados e voltou a se manifestar ao final dos trabalhos nesta comissão; manifestou-se no plenário da mesma Câmara antes da votação do prosseguimento do procedimento de *impeachment*; no Senado, tudo o que ocorreu na Câmara se repetiu na mesma comissão formada por senadores e, por fim, defesa prévia, oitiva de testemunhas e alegações finais articuladas com ampla liberdade.

4. O papel da imprensa no *impeachment* de Dilma: atuação democrática?

Há quem defenda um papel definitivo da imprensa e dos meios de comunicação no desfecho final do impedimento de Dilma[19]. Certamente houve "reforço nas tintas" por parte especialmente da grande imprensa, mas não se viu criação de fatos ou boatos sobre os quais a mesma imprensa se manifestaria depois. A própria situação, em si mesma, fornecia a matéria-prima necessária. Tampouco houve cerceamento de manifestações. Opiniões de parte a parte foram veiculadas com liberdade, algo especialmente observado nas mídias sociais e na internet de um modo geral.

Não se nega certas tendenciosidades notadamente dos jornais e revistas impressos, bem como da TV, inclusive com algum sensacionalismo[20]. Contudo, a pauta veio de fontes

[19] A professora da PUC/GO, Cileide Alves, escreveu artigo em que busca analisar se três grandes jornais, "O Globo", "Folha de São Paulo" e "O Estado de São Paulo" apoiaram ou não o *impeachment* de Dilma. A conclusão da professora é que esses jornais apoiaram sim o impedimento da então presidente: "*Trocam-se as palavras comunismo e totalitarismo de 64 e por lulopetismo e bolivarianismo. Formou-se, assim, o novo quadro ideológico que novamente uniu jornais, empresários, parte da população e políticos contra esta ameaça moderna que seria representada pelo governo de Dilma Rousseff. Na comparação dos editoriais de 1992 com os de 2016, desta vez os jornais não tentaram fazer apenas a crônica dos fatos jornalísticos. Eles mesmos se tornaram porta-vozes dos setores que defendem o impeachment, tomando partido a favor de um dos lados (aqui cabe ressalvar a posição mais neutra da Folha)*". **ALVES**, Cileide. **Jornais apoiaram o impeachment de Dilma?** Revista Panorama**,** edição on line, v. 6, n. 1, jan/jul. 2016, pp. 56-64.

[20] Sobre o ponto destacado: "*(...) podemos perceber o sensacionalismo sendo usado nas reportagens para construir 'personagens' do enredo político. O destinatário é transportado para o momento da ação e é levado para dentro da cabeça das principais figuras políticas do país: como agem com os mais íntimos, o que pensam, como reagem seus assessores. Apesar de serem construídos como*

não controladas por esses órgãos, veio da rua, do Ministério Público, da Polícia, do Judiciário, do Legislativo, e mesmo do Executivo que, como dito acima, exibiu algumas inabilidades neste processo como um todo que se revelaram fatais ao final. Obviamente há posicionamentos diferenciados neste tema, defendendo um papel determinante da mídia a favor do *impeachment* de Dilma, decorrente inclusive de uma concentração dos meios de comunicação entre poucas empresas, a maioria constituída por grupos familiares[21/22]

Ainda quanto às diversas nulidades, ou irregularidades, ou abusos, ou ilegalidades cuja existência foi e ainda é defendida por muitos dos que se postaram contrariamente ao *impeachment*, inicialmente é preciso cautela tanto na análise quanto nas conclusões. Isso porque tais itens são, por sua natureza, itens afetos ao campo jurídico e, no caso, estamos falando de um processo 70 volumes e mais de 14.000 páginas. Nota-se, assim, que as críticas e as invectivas pugnando nulidades, irregularidades e até cerceamento de defesa em desfavor de Dilma, seguem um caminho mais de adesão ideológica às teses de defesa da ex-presidente, o que pode ser adotado, com sinal trocado, em favor do impeachment se adotarmos a linha de argumentação da acusação.

A existência ou inexistência do crime de responsabilidade é um tema de mérito que não pode ser ombreado a uma nulidade. Um processo de impeachment será desenvolvido de modo jurídico em sua forma (judiciariforme), mas esse mérito é analisado de um ponto de vista político. E não se pode dizer que havia uma gritante ausência de crime de responsabilidade a partir do momento em que a existência deste foi fundamentada pela

---

uma coluna ou artigo político, o espaço destinado os textos na edição é juntamente com reportagens e matérias. Os escândalos da Lava Jato e do impeachment são fortemente explorados e o foco do texto deixa de ser o fato jornalístico, para se tornar as emoções e desejos dos 'personagens'". **CARVALHO**, Maria Mendes. **O jornalismo político e o sensacionalismo: uma análise da cobertura do início do processo de impeachment de Dilma Rousseff.** Trabalho apresentado na Divisão Temática de Jornalismo, da Intercom Júnior – XII Jornada de Iniciação Científica em Comunicação, evento componente do XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Disponível em http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2559-1.pdf, acesso em 12 de setembro de 2018.

[21] O relator da Organização das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão, Frank William La Rue, fez críticas à concentração de imprensa no Brasil e na América Latina, e afirmou que pretende fazer uma visita oficial ao país em breve. "*A concentração de mídias traz concentração de poder político e isso atenta não só contra o direito à diversidade, mas também contra a democracia*", destacou Frank. No Brasil, além da crescente participação de empresas de telefonia no setor de comunicação, também foram debatidas a ligação de políticos com canais de TV e rádios, "*muitos deles beneficiados com concessões públicas*". Disponível em http://reporterbrasil.org.br/2013/03/relator-da-onu-para-liberdade-de-expressao-critica-concentracao-de-midia-no-brasil/, acesso em 30 de julho de 2018.

[22] "*A mídia no Brasil é comandada por um pequeno grupo de famílias que decide o destino da comunicação no país. É este seleto grupo que escolhe o que a maioria da população merece saber e nem sempre os interesses dessa hegemonia favorecem as informações noticiadas. Tanto o telespectador, o ouvinte, o leitor ou o internauta são levados a entender o fato de um ponto de vista único que é quase sempre o ponto de vista das próprias empresas jornalísticas que detém uma ideologia conveniente aos seus objetivos. A forma de compreensão dos fatos também está de acordo com interesses políticos e particulares, que muitas vezes, são contrários ao interesse do público*". **CARDOSO**, Yasmin Ribeiro Gatto e; **SOUZA**, Rafael Bellan Rodrigues de. **Dilma, uma "presidente fora de si": o impeachment como um processo patriarcal, sexista e midiático**. Disponível em http://177.101.17.124/index.php/pauta/article/view/9158/5386, acesso em 30 de julho de 2018.

acusação, assim como sua ausência for articulada pela defesa de Dilma. Estamos diante, pois, não de uma nulidade jurídica, mas de um antagonismo de teses, algo bastante típico de qualquer processo dessa natureza[23].

Prosseguindo, é claro evidente que os advogados de Dilma podem alegar quaisquer matérias e argumentos potencialmente ou concretamente vantajosos aos interesses de sua constituinte. Nada obstante, ao se exteriorizar tais elementos, ou seja, colocá-los fora do processo para uma análise tanto quanto possível isenta, eventuais idiossincrasias devem ser expurgadas para ceder espaço a uma visão mais objetiva. Um exemplo do acima exposto é verificar se houve ou não ampla defesa em favor da ex-presidente. Como se sabe, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal garante a todos não apenas, de modo genérico, direito de defender-se, mas que possa fazê-lo do modo mais amplo possível.

No caso em análise, verifica-se que uma primeira manifestação da defesa de Dilma se deu na comissão de análise do pedido de impeachment instalada na Câmara dos Deputados. Essa defesa se deu em dois momentos: no início, quando instalada a comissão, e no final quando encerrado os trabalhos de tal órgão e encaminhamento para votação entre os seus integrantes. Também em face das oitivas e depoimentos havidos nesta comissão, pôde a defesa de Dilma se manifestar livremente, inclusive com reperguntas.

Uma vez encaminhado ao plenário da Câmara dos Deputados o parecer da comissão antes citada, para sua formal apreciação, também nesta ocasião, antes da votação, a defesa de Dilma se manifestou uma vez mais. Encaminhada, por fim, ao Senado Federal a autorização para abertura de processo de impeachment, os advogados da ex-presidente tiveram as mesmas oportunidades já registradas junto à Câmara dos Deputados, tanto na comissão formada no Senado, quanto depois, no plenário, especialmente em relação à votação final, não sendo demais registrar que foram ouvidas em favor de Dilma testemunhas altamente qualificadas[24].

A higidez de um processo dessa natureza não pode ser medida a partir de seu resultado. Se Dilma fosse inocentada, se teria promovido justiça ou tomado o melhor

[23] Um bom exemplo de uma certa retórica ideológica aplicada a uma análise do *impeachment* é o artigo intitulado "**Desmitificando quatro argumentos em favor do impeachment de Dilma Rousseff**", de autoria de Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa, publicado no site "Justificando", em que o autor, partindo de uma base analítica cujas premissas são assumidamente marxistas, procura afastar os fundamentos que serviram de base ao processo de *impeachment* de Dilma. Disponível em http://justificando.com/2016/04/01/desmitificando-quatro-argumentos-em-favor-do-impeachment-de-dilma-rousseff/, acesso em 8 de agosto de 2018.

[24] As testemunhas de defesa foram o economista Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo; o consultor jurídico Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; o ex-ministro da Fazenda Nelson Barbosa; a ex-secretária de Orçamento Federal Esther Dweck; o ex-secretário executivo do Ministério da Educação no governo de Dilma Rousseff Luiz Cláudio Costa; e o advogado e o professor Ricardo Lodi.

caminho e, em sentido contrário, estaríamos frente a uma flagrante nulidade? Esse não parece ser o parâmetro mais adequado para se aferir este tipo de situação. Uma crítica bastante interessante formulada contra o processo de impedimento de Dilma foi a de se enxergar em seu nascedouro e desenvolvimento uma motivação puramente política, tomando-se a expressão como política partidária. O impeachment, por essa linha interpretativa, teria sido fruto de um concerto, ou de um golpe mesmo, de natureza parlamentar e, lateralmente, seria também resultado de um uma espécie de vingança ou chantagem do então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

Começando pelo final, Eduardo Cunha realmente pode ser responsabilizado por ter posto em pauta algo que estava "engavetado". Isso, porém, tem de ser visto em sua real dimensão. Cunha não tinha, àquela altura, condições políticas de formar uma maioria de parlamentares a votarem contra Dilma e a favor do impeachment. Tanto não tinha que logo adiante, pouco tempo depois, foi cassado por votação de seus pares, em plenário, por quebra de decoro parlamentar.

Por fim, um aspecto a ser levado em conta, e pouco encontrado nas análises contrárias ao *impeachment* em foco, é a pressão popular. Somente no primeiro semestre de 2015, foram registradas ao menos três grandes manifestações em caráter nacional, bem como outras menores, todas em apoio ao afastamento de Dilma. Certamente isso pesou em favor do acatamento do impeachment em referência, todo ele conduzido no Congresso Nacional Brasileiro em que seus integrantes, via de regra, agem não apenas em defesa de seus próprios interesses, bem como procuram espelhar a vontade de seus eleitores.

5. Conclusões

A democracia brasileira, numa perspectiva histórica, mostra-se invariavelmente claudicante. Apenas de 1950 para os dias atuais, vemos que em 1954 a morte de Getúlio Vargas, em agosto daquele ano, se deu em meio a uma conjuração civil-militar com características muito semelhantes ao movimento de março de 1964. Entre um período e outro, tivemos, inclusive, a dificuldade de Juscelino Kubitschek em assumir o cargo de Presidente da República e, ainda em 1962, a mesma dificuldade foi vivida por João Goulart quando da assunção ao poder ante a renúncia de Jânio Quadros. Na sequência, tivemos o Golpe Militar de 1964 que pulverizou quaisquer esperanças democráticas até seu ocaso, em 1985.

Já em ambiente democrático, a partir de 1990, o primeiro Presidente da República eleito diretamente pelo voto popular após tantos anos de exceção, Fernando Collor de Mello, sofre *impeachment* em 1992. Impossível, assim, não se concluir pela inconstância de nossa democracia. O que se observou, a partir de 2013, foi uma insatisfação da população com a classe política em geral, em manifestações de claro viés apartidário e até mesmo desprovidas de ideologia política definida. Esse movimento, contudo, não foi adequadamente compreendido pelos políticos, desaguando numa eleição, a de 2014, marcada pela agressividade, inexistência de um debate real de ideias e pela instável situação econômica nacional.

Objetivamente, não se elege um presidente para retirá-lo posteriormente, menos ainda sob os auspícios de um processo de impedimento de extremo desgaste não apenas para os diretamente envolvidos, mas para toda a sociedade. O aspecto positivo, neste contexto, foi a observância dos ritos, da ampla defesa, pleno acesso ao Poder Judiciário, mas não se pode, repita-se, aceitar como regular ou corriqueiro um evento dessa natureza.

Vislumbra-se, a um só tempo, a força das instituições, a ausência de rupturas e uma perspectiva melhor para o pleito de 2018, contudo, também é certo que nossa democracia se encontra prenhe de vícios – notadamente na estrutura partidária – havendo um claro descompasso entre povo e representantes neste particular. A reforma política se exibe como algo obrigatório agora. E muito embora isso seja quase uma constatação acaciana, segue-se sem saber se os políticos, notadamente os integrantes do Congresso Nacional, veem este projeto com a mesma premência e profundidade que a população.

Concluindo, é em momentos agudos que a academia deve prestar-se a refletir sobre os fatos e acontecimentos com a maior isenção possível, o que não significa descompromisso. Ao revés, são justamente momentos como os vividos num passado recente, e ainda experimentados no presente, aqueles aptos a gerar condições de se articular um real compromisso com a construção de uma democracia mais consistente, real e dinâmica para o nosso país.

Bibliografia

ALVES, Cileide. **Jornais apoiaram o impeachment de Dilma?** Revista Panorama**,** edição on line, v. 6, n. 1, jan/jul. 2016, pp. 56-64.

BOITO JUNIOR., Armando. **Governos Lula: a nova burguesia nacional no poder**. In: BOITO JUNIOR, A; GALVÃO, A. (Orgs.). "*Política e classes sociais no Brasil dos anos 2000"*. Alameda Casa Editorial: São Paulo, 2012.

CARDOSO, Yasmin Ribeiro Gatto e; **SOUZA**, Rafael Bellan Rodrigues de. **Dilma, uma "presidente fora de si": o impeachment como um processo patriarcal, sexista e midiático**. Disponível em http://177.101.17.124/index.php/pauta/article/view/9158/5386, acesso em 30 de julho de 2018.

CARVALHO, Maria Mendes. **O jornalismo político e o sensacionalismo: uma análise da cobertura do início do processo de impeachment de Dilma Rousseff.** Trabalho apresentado na Divisão Temática de Jornalismo, da Intercom Júnior – XII Jornada de Iniciação Científica em Comunicação, evento componente do XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Disponível em http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2559-1.pdf, acesso em 12 de setembro de 2018.

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. **Desmitificando quatro argumentos em favor do impeachment de Dilma Rousseff**". Disponível em http://justificando.com/2016/04/01/desmitificando-quatro-argumentos-em-favor-do-impeachment-de-dilma-rousseff/, acesso em 8 de agosto de 2018.

GOHN, Maria da Glória. **A sociedade brasileira em movimento: vozes das ruas e seus ecos políticos e sociais**. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v27n71/a13v27n71.pdf. acesso em 1º de maio de 2018.

HUMBERT, Georges. **Por que o impeachment não é golpe**. Disponível em https://georgeshumbert.jusbrasil.com.br/artigos/255273833/por-que-o-impeachment-nao-e-golpe, acesso em 20 de julho de 2018.

PIMENTEL, Jairo. **Impeachment, Oposição e Autoritarismo – o perfil e demanda dos manifestantes em São Paulo**. In "*Em Debate*", Belo Horizonte, v.7, n.2 p.15-22, abr. 2015.

PINTO. Eduardo Costa. **Dilma: de "coração valente" à "presidenta acuada"**. Disponível em http://www.academia.edu/14967341/Dilma_de_cora%C3%A7%C3%A3o_valente_%C3%A0_presidenta_acuada_, acesso em 15 de junho de 2018.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Rousseff**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment, acesso em 14 de setembro de 2018.

SALIBA, Maurício Gonçalves e; **SANTIAGO**, Brunna Rabelo. **Bailarinas não fazem política? Análise da violência de gênero presente no processo de impeachment de Dilma Rousseff**. Disponível em http://apps.unibrasil.com.br/ojs235/index.php/rdfd/article/view/916/482, acesso em 30 de setembro de 2018.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Parecer sobre impeachment da presidente Dilma Rousseff**. Disponível em Disponível em https://blogdotarso.com/2015/12/06/jurista-pedro-serrano-emite-parecer-contra-o-impeachment-de-dilma, acesso em 14 de setembro de 2018

A Responsabilidade Civil da Administração Pública: Breve Análise

Ana Rita Ferreira Araújo[1]

Patrícia Anjos Azevedo[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. A Responsabilidade do Estado e demais entidades públicas. 2.1. Evolução histórica. 3. Conceito de responsabilidade civil. 3.1. Contratual. 3.2. Extracontratual. 4. Regime da Responsabilidade. 4.1. Gestão Pública. 4.2. Gestão privada. 5. Responsabilidade por atos ilícitos e culposos, responsabilidade pelo risco e responsabilidade por factos lícitos. 5.1. Responsabilidade por factos ilícitos e culposos - responsabilidade subjetiva. 5.2. Responsabilidade pelo risco - responsabilidade objetiva. 5.3. Responsabilidade pelos factos lícitos. 6. Responsabilidade dos magistrados. 7. Responsabilidade na administração de justiça. 8. Responsabilidade por erro judiciário. 9. A Administração Pública e a medicina. 9.1. Aplicação prática. 10. Conclusões. 11. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A partir da segunda metade do século XX, a doutrina passou a considerar que os atos irregulares dos funcionários constituiriam irregularidades do próprio órgão, sendo que tal representaria uma responsabilidade direta do Estado, o que acarretou uma evolução para a teoria da responsabilidade (ou culpa) administrativa, o que não impedia, mesmo sob o primado da separação dos poderes, o controle jurisdicional dos atos administrativos.

O conceito de responsabilidade civil deriva do Direito Civil, aplicando-se no Direito Administrativo, bem como em outros ramos do Direito. A responsabilidade civil significa que a pessoa humana deve reparar um dano sofrido por outrem. Esta obrigação nasce diretamente da lei e não da vontade das partes e consiste, efetivamente, na reparação patrimonial de um dano privado. O responsável é o devedor e o lesado é o credor.

[1] Licenciada em Solicitadoria (Instituto Politécnico da Maia – IPMAIA); Mestranda em Solicitadoria (IPMAIA).
[2] Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do P. Porto; Membro Efetivo do Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do P. Porto (CEOS.PP); Membro Integrado do Núcleo de Investigação do IPMAIA (N2i); Membro do Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto (I2J).

A Responsabilidade Contratual do Estado dá-se em razão de atos ou factos administrativos que interferem na relação contratual estabelecida entre o Estado e outro ente (público ou particular). Por sua vez, a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado corresponde à responsabilidade patrimonial do Estado decorrente de condutas unilaterais, praticadas mediante ação ou omissão, tendo como consequência causar danos a terceiros.

A Administração é responsável pelos atos praticados no âmbito da gestão privada, responde nos termos do direito privado e perante a jurisdição administrativa. Responde, ainda, pelos atos praticados no âmbito da gestão pública. Neste sentido, a Administração responde nos termos do direito administrativo e perante os tribunais administrativos.

Quando um facto culposo do lesado tenha concorrido para o agravamento dos danos, o tribunal deve determinar se a indeminização deve ser totalmente concedida, apenas reduzida ou totalmente excluída.

O montante deve ser determinado de acordo com a eventual culpa do lesado no agravamento do dano. O dano causador do dever de indemnizar por parte da Administração resulta do ato ilícito e não da negligência processual do particular, sendo que esta apenas pode agravar o dano.

2. **A Responsabilidade do Estado e demais entidades públicas**

2.1. **Evolução histórica**

Segundo a doutrina, a responsabilidade civil do Estado: *"Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estatal é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a coletividade ao direito dos atos estatais: a indemnização por sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma função ineliminável do Estado de Direito Material – a realização da justiça material*"[3].

Destarte, com esta introdução, percebe-se que a evolução do Estado, notadamente ao longo dos últimos séculos, também representou a evolução de sua responsabilidade civil perante os seus administrados.

De um Estado Absolutista, onde havia uma irresponsabilidade estatal, a um Estado Democrático de Direito, que adota uma responsabilidade objetiva e até direta, o tema ganhou novos contornos e grande desenvolvimento, com diferenças entre os países, muito embora

[3] Cf. Machado, J., Loureiro J., Correia, F. (2013). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* - Volume I. 1º Edição. Coimbra Editora. Coimbra. cit., p. 13.

as teorias relativas à matéria, que devem sua origem ao direito privado, ainda estejam em constante mutação.[4]

Antes do séc. XIX, a relação entre o funcionário público e o Estado era uma relação de representação, ou seja, mandato civil, só se imputando ao Estado os atos legais. Por sua vez, os atos ilegais só responsabilizavam os próprios funcionários. Daqui surgiu a necessidade de responsabilizar o próprio Estado.[5]

A partir da segunda metade do século XX, a doutrina passou a considerar que os atos irregulares dos funcionários constituiriam irregularidades do próprio órgão, sendo que tal representava uma responsabilidade direta do Estado, acarretando uma evolução para a teoria da responsabilidade (ou culpa) administrativa, o que não impedia, mesmo sob o primado da separação dos poderes, o controle jurisdicional dos atos administrativos[6].

Em Portugal, o Código Civil de 1966 inaugurou essa normatização, ao prever, no seu art.º 501.º, a responsabilidade objetiva[7] (ou seja, independente de culpa).

Atualmente, em regra, a culpa administrativa, notadamente pelo exercício da função administrativa, verifica-se quando haja a verificação de um dano decorrente da omissão da administração pública quando a lei exige um comportamento diverso, ou nas hipóteses de casos fortuitos ou de força maior. O risco administrativo ocorre nas demais hipóteses.

3. **Conceito de responsabilidade civil**

O conceito de responsabilidade civil deriva do Direito Civil, aplicando-se no Direito Administrativo, bem como nos demais ramos do Direito. A responsabilidade civil significa que a pessoa humana deve reparar um dano sofrido por outrem. Esta obrigação nasce diretamente da lei e não da vontade das partes e consiste na reparação patrimonial de um dano privado. O responsável é o devedor e o lesado é o credor.

De notar que a responsabilidade civil não se confunde com as responsabilidades política, criminal, disciplinar e financeira. Pode, porém, existir cumulação destas figuras, em casos concretos. [8] A responsabilidade civil da Administração compreende a responsabilidade

[4] Cf. Freitas. A. (1989). *Direito Administrativo* – Volume III. 4ª Edição. Almedina. Lisboa. P. 477 ss.
[5] Cf. Caupers, J. (1996). *Introdução ao Direito Administrativo*. 10ª Edição. Editorial Notícias. Lisboa. P. 321.
[6] Machado, J., Loureiro J., Correia, F. (2013). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho - Volume I. 1º Edição. Coimbra Editora. Coimbra. Op. cit. p. 47 e ss.
[7] Expõe o art. 501º que: "O Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente par esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários". Disponível em, http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=970965.
[8] Cf. Sousa, N. (2011). *Noções de Direito Administrativo*. 1ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra. P. 425.

civil do Estado, a responsabilidade Civil das Regiões Autónomas, das Autarquias Locais[9], dos Institutos Públicos[10], das Associações Públicas[11] e das Entidades Privadas[12].

3.1. **Contratual**

A Responsabilidade Contratual do Estado verifica-se em razão de atos ou factos administrativos que interferem na relação contratual estabelecida entre o Estado e outro ente (público ou particular).

3.2. **Extracontratual**

Por sua vez, a Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado corresponde à responsabilidade patrimonial do Estado decorrente de condutas unilaterais, praticadas mediante ação ou omissão, com ou sem observância dos parâmetros legais, "*que configurem uma infração a um dever jurídico de origem não contratual*"[13], e que causem danos a terceiros, sendo estes, por isso, merecedores de reparação.

4. **Regime da Responsabilidade**

Neste contexto, a Administração é responsável pelos atos praticados no âmbito da gestão privada, respondendo nos termos do direito privado e perante a jurisdição administrativa. A administração responde, ainda, pelos atos praticados no âmbito da gestão pública, nos termos do direito administrativo e perante os tribunais administrativos.

4.1. **Gestão Pública**

Este regime aplica-se apenas às ações e omissões que surjam no exercício de poder público, reguladas por normas e princípios do direito administrativo[14]. Assim, o ato praticado tem de ser específico da função administrativa.

---

[9] Cf. STA ac. De 9.2.1996. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/71088b70cf3c5bc380256f570043dfa6?OpenDocument&ExpandSection=1.

[10] Cf. Por exemplo, é o caso da JAE – STA ac. De 16.5.1996. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/fd4b0a216123c56480256c4d004a8306?OpenDocument&ExpandSection=1.

[11] STA ac. De 30.5.1995. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/621a1d0c9b53463d8025718700391199?OpenDocument&ExpandSection=1.

[12] A Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, refere *"… a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas."* Todavia, a doutrina e a jurisprudência assentam na ideia de que a lei atribui poderes de autoridade a entidades privadas para o exercício de funções que integram no âmbito da função administrativa, aplicando-se, deste modo, o regime jurídico da responsabilidade civil da Administração. Disponível em, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis.

[13] Cf. MARAL, D. (2011) *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição. Almedina. Coimbra. P. 799.

[14] De acordo com o Tribunal de Conflitos, ac. De 26.9.2007, os atos de gestão privada praticados por entes públicos criam relações jurídicas reguladas pelo direito público. Disponível em,

O ato de gestão pública pressupõe o exercício de um *ius imperii*; a gestão privada compreende a atividade do ente público subordinada à lei aplicável a quaisquer atividades análogas à dos particulares.[15]

Os atos de gestão pública caraterizam-se por dois elementos: primeiramente, pelo exercício de um poder público; em seguida, pela realização de uma função pública da pessoa coletiva. Destarte, as entidades privadas podem praticar atos de gestão pública no âmbito do exercício das suas funções administrativas.

4.2. **Gestão privada**

Quanto aos atos de gestão privada, estes constituem os que se compreendem numa atividade em que a pessoa coletiva estadual se encontra e atua numa situação de paridade perante os particulares, sendo que os respetivos atos respeitam as mesmas condições e o mesmo regime em que poderia proceder um particular, com submissão às normas de direito privado.

A administração pública rege-se pelas normas do direito privado, previstas nos art.ºs 500.º e 501.º, ambos do Código Civil.

Mais concretamente, e de acordo com o art.º 501.º do CC," O *Estado e demais pessoas coletivas públicas, quando haja danos causados a terceiro pelos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, respondem civilmente por esses danos nos termos em que os comitentes respondem pelos danos causados pelos seus comissários.*"[16]

Ora, podemos afirmar que os atos de gestão pública são os que se compreendem no exercício de um poder público, integrando a realização de uma função pública de uma pessoa coletiva.

Porém, quando estejamos perante atos de gestão pública ilícitos, aplica-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, mais concretamente o seu art.º 7.º, n.º 1, conjugado com o art.º 9.º do mesmo diploma.

Assim, "*O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício. Consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado*

http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e72c385a73cd2e8e80257a9100316dad?OpenDocument.

[15] Cf. MARAL, D. (2011) *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição. Almedina. Coimbra. P.800.

[16] Cf. MARAL, D. (2011) *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição. Almedina. Coimbra. P. 804.

e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos. Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7º."

Ademais, e conforme prevê a Constituição da República Portuguesa[17], o ónus da prova da Administração Pública não pode recair sobre o particular, pois a CRP declara expressamente a responsabilidade da Administração Pública, independentemente da conduta do particular posterior à prática do ato danoso ilegal.

Quando um facto culposo do lesado tenha concorrido para o agravamento dos danos, o tribunal deve determinar se a indeminização deve ser totalmente concedida, apenas reduzida ou totalmente excluída.

O montante da indemnização em causa deve ser determinado de acordo com a eventual culpa do lesado no agravamento do dano. O dano causador do dever de indemnizar por parte da Administração resulta do ato ilícito e não da negligência processual do particular, sendo que esta apenas pode agravar o dano.

Nesta matéria, na jurisprudência têm sido considerados como atos de gestão pública, nomeadamente, os atos pelos quais os médicos de um hospital militar observam ou tratam militares nele internados.[18]

Consideram-se ainda atos de gestão pública os que contendem com a conduta omissiva dos agentes de uma Câmara Municipal, consistente na omissão dos atos necessários ao cumprimento do dever, que a lei impõe, de manutenção, em estado de funcionamento normal, das redes de esgotos dos aglomerados populacionais e dos ramais de ligação aos respetivos prédios.[19]

E, ainda, uma detenção, efetuada por militares mediante ordem de captura emitida pela comandante do COPCON, sendo da competência dos tribunais administrativos conhecer do pedido de indeminização pelo Estado dos danos emergentes de tal ato.[20]

---

[17] Cf. Artigo 22. Disponível em, https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx.

[18] Cf. Tribunal de Conflitos, ac. De 5.11.1981. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/87ce1721dc2633c68025725f0056c7fe?OpenDocument.

[19] Cf. Tribunal de Conflitos, ac. De 20.10.1983. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jcon.nsf/0/ca03110387a5394f8025713b003b5a7e?OpenDocument.

[20] Cf. STA, ac. De 21.3.1985. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/6dd711a25df3587280256cbe00389028?OpenDocument&ExpandSection=1.

5. Responsabilidade por atos ilícitos e culposos, responsabilidade pelo risco e responsabilidade por factos lícitos

De acordo com a Lei n.º 67/2007, 31 de dezembro, existem três tipos de responsabilidade, a saber: (i) Responsabilidade por atos ilícitos culposos[21]; (ii) Responsabilidade pelo risco; (iii) Responsabilidade pelos factos lícitos.

5.1. Responsabilidade por factos ilícitos e culposos – responsabilidade subjetiva

Para que possamos considerar um determinado ato como ilícito e culposo, é necessário o preenchimento de vários pressupostos, nomeadamente, uma ação, um facto ilícito, a culpa, um dano (patrimonial ou não patrimonial) e, ainda, um nexo de causalidade. Estes pressupostos constituem, em geral, os pressupostos da responsabilidade civil.

Relativamente à ação, quando se trate especificamente da responsabilidade civil extracontratual do Estado por ato ilícito, pressupõe-se, necessariamente, que só subsiste a responsabilidade estatal quando o dano tem origem numa ação ou omissão humana, intencional ou voluntária. Essa ação ou omissão pode corresponder a um ato administrativo ou a um regulamento de mesma natureza.

O fato ilícito decorre da violação das normas legais. Assim, consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares, ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos[22].

A culpa consiste no elo de conexão entre o fato e o agente causador do dano. Constitui, assim, o elemento volitivo da conduta humana. A culpa *latu sensu* apresenta um elemento objetivo, que pode ser definido como a violação da esfera de proteção jurídica de um terceiro, bem como um elemento integrante subjetivo ou psicológico, que pode ser delimitado como a previsão ou a possibilidade da previsão quanto à ocorrência do eventual dano, existindo dolo. Por outro lado, temos a culpa *stricto sensu,* que é aquela que não está presente na responsabilidade objetiva do Estado, tendo como elementos a negligência, a imperícia e a imprudência na prática de um ato, podendo não se verificar o dolo.

O dano carateriza-se por qualquer prejuízo material ou imaterial suscetível de apreciação ou determinação pecuniária. Esse conceito leva-nos a definir que há também um dano não indemnizável, que seria aquele impossível de quantificar ou que não atinja de tal forma a esfera da vítima, e que mereça por isso uma reparação.

[22]Cf. art.º 9 Lei nº67/2007, de 31 de dezembro.

Por último, o nexo de causalidade constitui a causa do dano, propriamente dito, podendo ser facilmente estabelecida como uma ligação entre o facto e o dano. Todavia, quando se verifique uma multiplicidade aparente de causas, o operador deve lançar mão de algumas teorias para encontrar a causa do dano, mesmo que nenhuma das teorias encontre prontamente o facto que originou o prejuízo.

Quando se cumpram estes pressupostos, a responsabilidade pode ser imputada exclusivamente ao autor do ato, o que ocorre quando o ato ilícito foi por este praticado fora do exercício das suas funções ou durante o exercício destas, mas não por causa desse exercício.

Além disso, a responsabilidade pode ser solidária, ou seja, o autor do ato e Administração, podem "dividir" a responsabilidade, quando o ato foi praticado no exercício das funções e, por causa dele, com dolo. Todavia, a Administração possui – neste contexto – direito de regresso contra o Autor do ato, nos termos da lei civil.

Mas, a responsabilidade pode ainda ser exclusiva da Administração – quando o ato foi praticado no exercício das funções e se verifica mera culpa ou negligência. Neste particular, a Administração poderá ter, ou não, direito de regresso.[23]

5.2. Responsabilidade pelo risco – responsabilidade objetiva

Segundo Vieira de Andrade (2010), a responsabilidade pelo risco trata-se de uma responsabilidade objetiva das entidades públicas pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos que sejam perigosos, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, pelo que o art.º 11.º da Lei n.º 67/2007, 31 de janeiro continua com o tradicional desvio do Direito Administrativo face ao art.º 493.º do CC, onde a responsabilidade por atividades perigosas é tipicamente concebida como uma responsabilidade por facto ilícito por omissão de deveres de cuidado.[24]

Contudo, e contrariando o acima descrito, a nossa opinião vai no sentido de que a responsabilidade pelo risco deve ser considerada um ato lícito, dado que existem atividades que, embora lícitas, apresentam um risco, que a Administração não pode abster-se de exercer. A título de exemplo, a atividade de polícia que, em regra, manuseia armas e pratica diariamente as ações de risco, pode ser enquadrada como atividade perigosa. Este parece ser o entendimento de Carla Amado Gomes[25], quando refere que, em França, "*as atividades de polícia de segurança [...] foram consideradas atividades perigosas*".

---

[23]Cf. Sousa, N. (2011). *Noções de Direito Administrativo*. 1ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra. pp.433 – 435.
[24] Cf. ANDRADE, Maria Paula Gouveia. (2010). *Prática de Direito Administrativo*. 3ª edição. Quid Juris. Lisboa.
[25] Cf. GOMES, Carla Amado (2008). *A Responsabilidade Administrativa pelo risco na lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: Uma solução arriscada?* In Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais

Da mesma opinião, temos Gomes Canotilho que, referindo-se à jurisprudência francesa, ressalva que *"o Conseil d'Etat admitiu que a acumulação de explosivos, mesmo sem qualquer culpa ou atividade particular, implicava a criação de um risco anormal de vizinhança*", justificador de um dever de indemnização. Posteriormente, a teoria do risco excecional alargou-se às hipóteses em que a administração utiliza uma coisa considerada perigosa (emprego de armas de fogo, veículos administrativos). Além disso, Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem que a utilização de armas de fogo pelos agentes de segurança enquadra-se na responsabilidade pelo risco.

Carla Amado Gomes refere ainda que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, *"o conceito de atividade excecionalmente*[26] *perigosa coincide fundamentalmente com operações de polícia de segurança envolvendo o uso de armas de fogo [...]".*

Desta forma, e neste seguimento, não nos parece exagero afirmar que, mesmo nos dias atuais, as atividades que envolvem o trabalho policial, notadamente das forças de segurança pública, podem ser classificadas dentro do universo das atividades ou serviços administrativos especialmente perigosos, tal como descrito no art.º 11.º do Regime da Responsabilidade Civil do Estado. Essa seria uma tendência típica de um Estado Social, que busca uma justiça social mais ampla. Até mesmo porque, se o Estado está a criar um risco, ainda que necessário, nada mais natural que ele suporte o dispêndio e as consequências derivadas de sua atividade[27].

5.3. Responsabilidade pelos factos lícitos

Será possível extrairmos um princípio de responsabilidade de responsabilidade civil por factos lícitos na norma contida no art.º 22.º da CRP? A maior parte da doutrina tem-nos dito que não. Rui Medeiros, por exemplo, sustenta esta impossibilidade no facto de que *"a responsabilidade por ações ou omissões de que resulte prejuízo para outra é constitucionalmente configurada como uma responsabilidade tendencialmente solitária."*

A mesma opinião é partilhada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, sendo que estes autores entendem que "*a consagração de responsabilidade solidária do Estado (…) e a sugestão da responsabilidade se articular com a ilicitude da conduta e com a ilicitude do resultado justificariam a limitação*

entidades públicas: Lei 67/2007, de 31 de dezembro, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. p. 64

[26] Importa sublinhar que o termo excecionalmente, que estava presente no Decreto-Lei nº 48.051 de 1967, fora substituído pelo termo especialmente na nova norma. Disponível em, http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-vi-leis/pdf-vi-1/dl-48051-1967/.

[27] Cf. Conceição, L. (2013). Responsabilidade civil extracontratual do estado por ato ilícito: uso abusivo do poder de polícia. Coimbra. pp. 70-71. Disponível em, file:///F:/Direito%20Administrativo/Responsabilidade%20Civil%20Extracontratual%20do%20Estado%20por%20Ato%20Ilicito%20Uso%20Abusivo%20do%20Poder%20de%20Policia.pdf.

do princípio geral da responsabilidade aos atos culposos ou, pelo menos, ilícitos". Ou seja, de acordo com o entendimento propugnado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, o elemento da solidariedade atribuído no art.º 22.º da CRP pressupõe sempre uma responsabilidade por atos ilícitos, por ser inadmissível a hipótese da responsabilidade solidária por factos lícitos.

Discordamos, desde logo, desta ideia, uma vez que entendemos que o art.º 22.º da CRP não estabelece um princípio de responsabilidade exclusivamente solidária do Estado.

Destarte, estamos em crer que o referido artigo apresenta uma dupla dimensão: estabelece que o Estado e as demais entidades públicas são responsáveis pelos factos lesivos praticados e, ainda, que respondem solidariamente quando esses factos são imputáveis diretamente à conduta dolosa de um titular de um órgão, funcionário ou agente[28].

O estado de necessidade é também considerado um ato lícito, encontrando-se – designadamente – previsto no art.º 3.º, n.º 2 do CPA. Aí se estabelece a regra segundo a qual os atos praticados em estado de necessidade são válidos e, portanto, lícitos. Contudo, "*os lesados têm direito a ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da administração.*"

Ao remeter para os termos gerais da responsabilidade da administração, cremos ser aqui aplicável o regime do art.º 16.º da Lei n.º 67/2007. Assim, os danos sofridos são indemnizáveis, desde que sejam especiais e anormais. Exige-se ainda que entre o facto lícito e o dano exista um nexo de causalidade adequado, sendo por isso relevante, no cômputo dos danos, a eventual culpa do lesado.[29]

6. **Responsabilidade dos magistrados**

Os magistrados judiciais e o Ministério Público não podem ser diretamente responsabilizados pelos danos decorrentes das suas funções, exceto no que respeita à responsabilidade criminal. Contudo, se agirem com dolo ou culpa grave, o Estado tem direito de regresso.

7. **Responsabilidade na administração de justiça**

Aplica-se o regime da responsabilidade por factos ilícitos no exercício da função administrativa aos danos ilícitos causados pela administração da justiça.

---

[28] São Pedro, F. (2017). *Algumas Questões sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Factos Lícitos.* Universidade Católica Portuguesa. Porto. P.21. Disponível em, https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23791/1/Algumas%20Quest%C3%B5es%20sobre%20a%20Responsabilidade%20Civil%20do%20Estado%20por%20Factos%20L%C3%ADcitos.pdf.

[29] Cf. o artigo 4.º da Lei n.º 67/2007.

A título de exemplo, temos a falta de decisão em prazo razoável. O fundamento desta responsabilidade é o facto de que o cidadão tem direito ao bom funcionamento na organização judiciária.

8. **Responsabilidade por erro judiciário**

Neste particular, estamos perante o princípio constitucional da irresponsabilidade dos juízes na tomada de decisões.

Por outro lado, o sistema dos recursos jurisdicionais é passível de evitar muitos erros judiciários.

Esta responsabilidade apresenta dois requisitos: o pedido de indeminização supõe a revogação pelo tribunal competente da decisão danosa; e, ainda, é necessário que se abranjam os danos produzidos por decisões jurisdicionais de inconstitucionalidade ou ilegalidade manifesta ou feridas de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto.

9. **A Administração Pública e a medicina**

9.1. **Aplicação prática**

Uma das grandes dúvidas levantadas no âmbito do direito administrativo, razão pela qual nos despertou interesse o tema aqui tratado, foi uma questão que surgiu, ao nível dos cuidados de saúde, isto é: o Estado e as demais entidades equiparadas respondem por responsabilidade civil extracontratual?

Entendemos que a resposta é afirmativa. Assim, podemos afirmar que o Estado e as demais entidades respondem por responsabilidade civil extracontratual ao abrigo da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (RRCEE).

Segundo, Elsa Mariano[30], o regime é aplicável aos hospitais públicos e ainda às outras unidades de saúde integradas no SNS ou que com ele tenham protocolo, nomeadamente, unidades de saúde de direito privado com capitais públicos, além de todas aquelas que exercem poderes públicos, ao abrigo de contratos de concessão ou de parcerias público-privadas.[31]

[30] Mariano, E. Disponível em http://boletim.oa.pt/oa-07/destaque, texto disponível no site da Ordem dos Advogados (OA).

[31] O regime é extensível à responsabilidade civil de pessoas coletivas de direito privado e respetivos trabalhadores por "ações ou omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo" (cf. artigo 1.º, n.º 5, do RRCEE). E o mesmo regime abrange ainda os atos praticados por quaisquer agentes que prestem serviços no contexto destas pessoas coletivas públicas

Atualmente, a jurisprudência e a doutrina têm uma opinião uniforme acerca dos atos médicos praticados nos hospitais públicos, sendo que estes revestem a natureza de atos de gestão pública.

Entende-se que não há aqui qualquer negócio jurídico entre o médico e o paciente, pois quem recorre a estes estabelecimentos fá-lo ao abrigo da relação jurídica administrativa de "utente", sujeita a regulamentação estatutária própria, que não pode ser afastada por vontade das partes ou sujeita a cláusulas específicas[32].

Em especial na atividade médica, a fronteira entre a ilicitude e a culpa é, muitas vezes, difícil de determinar. Mas a ilicitude tem uma natureza objetiva e significa que o ato lesivo ou danoso foi contrário à lei, constituindo assim uma atuação ilícita. A infração é – objetivamente – ilícita, na medida em que se impunha outra atitude, mas, ao mesmo tempo, indicia ou pode indiciar um menor zelo ou a negligência na prática do ato médico.

A responsabilidade civil extracontratual da Administração assenta nos pressupostos da idêntica responsabilidade prevista na lei civil (e sobre os quais já nos debruçamos neste nosso contributo), a saber: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo.

A Lei n.º 67/2007, 31 de dezembro prevê especificamente três modalidades de ilicitude a saber: a ilicitude por ilegalidade; por inobservância dos deveres objetivos de cuidado; e por funcionamento anormal do serviço.

A ilicitude por ilegalidade tem lugar quando se verifique a violação das regras próprias da prática médica, as *leges artis*, consagradas nos mais diversos locais, e não a violação da lei, do contrato ou do interesse de outrem (cfr. art.º 9.º, n.º 1 do RRCEE).

Por outro lado, a ilicitude por inobservância dos deveres objetivos de cuidado consubstancia um entendimento amplo de ilicitude (que segue a definição da culpa). Ora, a falta médica só existe quando o médico viole cumulativamente uma lei da arte (violação das *leges artis*) e o dever de cuidado que lhe assiste (art.º 9.º, n.º 1 do RRCEE).

Esta categoria de ilicitude determina que os hospitais integrados no SNS respondem perante os seus utentes independentemente de o evento danoso poder ser imputado à culpa psicológica de qualquer médico ou agente (art.ºs 9.º, n.º 2; e 7.º, n.ºs 3 e 4, ambos do RRCEE). Existe funcionamento anormal do serviço desde que seja razoavelmente exigível ao serviço uma atuação diferente, suscetível de evitar os danos produzidos (art.º 7.º, n.º 4 do RRCEE).

---

[32] Cf. o Acórdão do STA de 9 de junho de 2011, proferido no recurso n.º 0762/09. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9b01dd016ca73d8d802578b2004b4bd3?OpenDocument&ExpandSection=1.

A lei estabelece ainda que "*o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de atividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, exceto quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o Tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização*", considerando-se que existe responsabilidade pelo risco (art.º 11.º, n.º 1 do RRCEE).

Em conformidade, o art.º 493.º, n.º 2 do CC aplica-se às atividades médicas que, não sendo especialmente perigosas, são, ainda assim, perigosas pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados.

Destarte, se o ato médico for considerado especialmente perigoso, ou perigoso pela sua natureza, ou ainda em razão dos meios utilizados, dá-se a inversão do ónus da prova, passando a caber ao hospital (público) provar que houve força maior, ou concorrência de culpa do lesado, ou que terá empregue todas as providências exigidas pelas circunstâncias, com o fim de prevenir os danos.

Sobre a matéria da responsabilidade pelo risco da medicina, a jurisprudência tem entendido que a medicina não é uma atividade especialmente perigosa, tal como resulta do aresto do STA de 14 de dezembro de 2005, processo n.º 0351/05, proferido a propósito de uma infeção ocorrida num hospital público com o vírus HIV. Neste Acórdão decidiu-se, contrariamente ao entendimento doutrinário maioritário, no sentido de que o art.º 493.º, n.º 2 do CC não é aplicável no domínio da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entes públicos[33].

Por sua vez, no quadro da medicina privada, existe jurisprudência consensual, no sentido de que a medicina é uma atividade perigosa pela sua própria natureza ou pelo meio utilizado, tratando-se da utilização de certos instrumentos ou aparelhos médicos, a título exemplo, aparelhos de raio X, aparelhos de hemodiálise, incubadoras, aparelhos de ressonância magnética, etc.[34]; pelo que, as quedas hospitalares, preenchendo-se as presunções de culpa, enquadram-se no art.º 493.º, n.º 2 do CC.

No que toca ao nexo causal entre os atos médicos e os danos sofridos pelos pacientes, a jurisprudência tem entendido que só se cumpre este pressuposto se for feita

---

[33] Cf. Acórdão do STA de 16 de janeiro de 2014, processo n.º 0445/13. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/86204f71b51e3e0d80257c6d00384573?OpenDocument&ExpandSection=1.

[34] Cf. Acórdão do STA de 29 de novembro de 2015, processo n.º 01230/03, que condena um hospital público (Santa Maria) por infeção de um doente com a bactéria Serratia, embora sem fazer qualquer referência ao artigo 493.º, n.º 2, cuja previsão se encontra preenchido. Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/30a56bc574271cca802570d6004db4fd?OpenDocument.

prova de que os resultados danosos são uma consequência normal, típica e provável dos atos médicos praticados (ação) ou que deveriam ter sido praticados e não o foram (omissão). Aplica-se aqui a teoria da causalidade adequada, em virtude da qual basta que o facto seja uma das condições desse dano.

Por seu turno, e no que respeita à negligência médica, segundo Acórdão do STA de 26 de maio de 2010[35], os Tribunais têm entendido que, estando em causa uma violação das *leges artis*[36], e perante um resultado danoso que é exatamente aquele que a regra profissional se destina a evitar, o lesado não precisa de fazer prova do referido nexo, passando a caber ao hospital fazer a prova de que o mesmo resultado se teria verificado mesmo que tivessem sido cumpridas as *leges artis*.

O Tribunal Cível de Lisboa aplicou a teoria do dano de perda de chance (probabilidade de a pessoa sobreviver) para efeitos de prova do nexo de causalidade. Este Tribunal condenou um hospital privado em indemnização cível por "perda de chance", por consequência de um erro de diagnóstico. A juíza entendeu que o facto de o médico não ter pedido mais exames foi causa da morte da doente, pois retirou-lhe a probabilidade de sobrevivência. Escreve a juíza: *"O cumprimento adequado e diligente da sua prestação teria dado à paciente a possibilidade de sobreviver, ou uma muito maior probabilidade de sobrevivência. A probabilidade de sobrevivência foi coarctada pela conduta do réu-reconvindo, gerando para EE um dano concreto: a redução drástica da probabilidade de sobreviver."*[37] A sentença aqui em causa é referente ao ano de 2015, ano em que transitou em julgado.

10. **Conclusões**

Com o presente trabalho podemos concluir que o Estado fica constituído no dever de reparar os danos causados a terceiros, quando alguém, no exercício das suas funções, viole culposamente, no âmbito da atividade do Estado, o dever que lhe incumbe perante o lesado. Essa responsabilidade é, no entanto, subsidiária quando, no caso de existir mera negligência por parte do autor do facto ilícito, o lesado puder dirigir-se a um terceiro para obter a reparação dos danos.

---

[35] Disponível em, http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/d14ce3a51508eccb8025773b004e3eda?OpenDocument&ExpandSection=1.

[36] Cf. A tradução é "leis da medicina". – Fernando Dias Simões, artigo publicado em https://pearlriverdeltalaw.wordpress.com/2011/10/10/as-leis-da-medicina-leges-artis-e-as-outras/.

[37] Sentença de 23 de julho de 2015, processo n.º 1573/10.5TJLSB, 1.ª secção. Disponível em, http://www.verbojuridico.net/jurispr/civil/143-negligencia-medica-perda-chance.html.

A noção de responsabilidade do Estado, tal como hoje a entendemos, tem como base histórica a separação dos poderes legislativo, executivo e jurisdicional, que veio possibilitar a existência de um poder limitado e subordinado pela CRP. Neste sentido, a jurisprudência, fundamentando a sua posição no art.º 22.º, da CRP, veio admitir a faculdade de o lesado exigir uma indemnização pelos prejuízos causados por qualquer ação funcional do Estado, designadamente por atos relativos à função jurisdicional e legislativa.

A responsabilidade emergente pelos danos causados no exercício da função administrativa surgiu como parte integrante da responsabilidade subjetiva, assim designada por envolver um juízo de censura sobre o comportamento do causador do prejuízo que, podendo e devendo ter optado por outra conduta, escolheu aquela que era censurável e potencialmente danosa.

11. **Referências bibliográficas**

ANDRADE, M. (2010). Prática de Direito Administrativo. 3ª edição. Quid Juris. Lisboa.
CAUPERS, J. (1996). *Introdução ao Direito Administrativo*. 10ª Edição. Editorial Notícias. Lisboa.
FREITAS. A. (1989). *Direito Administrativo* – Volume III. 4ª Edição. Almedina. Lisboa. P.
GOMES, Carla Amado (2008). *A Responsabilidade Administrativa pelo risco na lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro: Uma solução arriscada? In* Três textos sobre o novo regime da responsabilidade extracontratual do estado e demais entidades públicas: Lei 67/2007, de 31 de dezembro, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.
MACHADO, J., Loureiro J., Correia, F. (2013). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho* - Volume I. 1º Edição. Coimbra Editora. Coimbra.
MARAL, D. (2011) *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2.ª edição. Almedina. Coimbra.
MARIANO, E. *8 aspectos da responsabilidade civil do Estado*. Disponível em http://boletim.oa.pt/oa-07/destaque.
SÃO PEDRO, F. (2017). *Algumas Questões sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Factos Lícitos*. Universidade Católica Portuguesa. Porto. P.21. Disponível em, https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23791/1/Algumas%20Quest%C3%B5es%20sobre%20a%20Responsabilidade%20Civil%20do%20Estado%20por%20Factos%20L%C3%ADcitos.pdf.
SOUSA, N. (2011). *Noções de Direito Administrativo*. 1ª Edição. Coimbra Editora. Coimbra.

Solidariedade Intergeracional: Patrimônio Histórico e Cultural como um Direito-Dever Fundamental

Suzana Maria Fernandes Mendonça[1]

Resumo: O patrimônio histórico e cultural representa parte integrante da identidade de um grupo social, de modo que a sua fruição e preservação são determinantes para a valorização da evolução da comunidade ao longo do tempo. Nesse sentido, a preservação do patrimônio não recai somente sobre o Estado, mas também sobre os membros da sociedade, como forma de contribuição para o bem estar coletivo. A partir do conteúdo que emana dos bens de valor cultural e histórico extrai-se um duplo efeito, uma vez que simultaneamente cabe a sua utilização e a sua proteção, o que traduz um direito-dever fundamental. O uso de maneira adequada, bem como as ações que visam a preservação do patrimônio mostram-se essenciais para oferecer as gerações futuras a oportunidade de conhecer e aprender mais sobre a sua própria história.

Palavras-chave: Direito-Dever Fundamental. Patrimônio Histórico e Cultural. Solidariedade Intergeracional.

Abstract: Historical and cultural heritage represents a part of a social group identity, so that its fruition and preservation are determinant factors for the community development over time. Thus, the preservation of the patrimony not only falls on the State, but also on the members of the society, as a form of contribution for the collective welfare. From the content emanating from cultural and historical value goods, a double effect is extracted, as it is simultaneously of its use and protection, which translates into a fundamental right-duty. Proper use as well as actions aimed at the heritage preservation are essential to offer future generations the opportunity to know and learn more about their own history.

Key Words: Fundamental Right-Duty. Historical and Cultural Heritage. Intergenerational Solidarity.

Sumário: *Introdução; 1. Deveres Fundamentais; 2. Direito-Dever Fundamental Decorrente do Patrimônio Histórico e Cultural; 3. Solidariedade Intergeracional; Conclusão*

[1] Mestranda - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Introdução

Embora a atenção jurisprudencial e doutrinária dispendida para com os deveres fundamentais ocorra em menor escala em comparação aos direitos fundamentais, ainda representam uma categoria autônoma, cujo conteúdo encontra-se previsto nos textos constitucionais. Os deveres fundamentais demandam dos indivíduos um esforço conjunto para a proteção e a preservação de bens jurídicos essenciais para o bem estar da coletividade. Esta contribuição comunitária, como reflexo prático do senso de responsabilidade social, ocorre de maneira complementar à atuação do Estado.

Decorre do patrimônio histórico e cultural um direito fundamental de utilização, o que significa que toda a população pode ter acesso aos bens cujo conteúdo exprime precisamente estes valores, elementares para a caracterização de sua história como comunidade. Todos os indivíduos, portanto, podem conhecer e aprender mais sobre a sua evolução por meio dos bens materiais e imateriais componentes do patrimônio.

Também deriva do patrimônio histórico e cultural o dever fundamental de preservação, atribuído a todos os membros da sociedade. Assim, deve a população zelar pelos bens de valor substancial para a identidade coletiva, de modo a também produzir a mesma oportunidade de conhecimento de sua história para as gerações futuras. O patrimônio carrega consigo, portanto, o significado duplo de direito-dever, uma vez que a sua utilização e a sua preservação são simultaneamente conferidos aos indivíduos.

1. Deveres Fundamentais

Tema presente na pluralidade de civilizações, bem como nos mais variados momentos ao longo da história, a noção de deveres orienta a prática de determinados atos em favor da coletividade. Seja em termos religiosos, éticos ou filosóficos[2], os deveres refletem a concepção de que o bem estar coletivo depende da conduta individual, de modo a expressar um profundo senso de consciência social.

O avanço histórico revela que os deveres sempre percorreram seu trajeto junto aos direitos. Embora constitua uma ideia de presença corriqueira ao longo do tempo, a ligação entre direitos e deveres conserva a sua contemporaneidade, uma vez que o conjunto

[2] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 110.

estruturado por ambos define-se por exibir valores de relevância elevada para uma convivência[3] em comunidade em caráter equilibrado e harmônico.

Assumiram a condição de deveres fundamentais a partir do momento que passaram a constar de documentos constitucionais, de modo a imporem a todos os membros da comunidade o seu devido cumprimento. Tomou delineamentos mais próximos exprimido pelo atual conteúdo de deveres fundamentais a partir da Constituição de Massachussets, no ano de 1780, quando um dispositivo dessa ordem constou pela primeira vez de um documento constitucional. O texto previa que cada cidadão estaria obrigado a contribuir mediante serviços pessoais ou através de um equivalente para a devida organização da proteção comunitária[4].

Já em 1798, na França, os deveres se fizeram presentes na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: o dever de obediência, o dever de pagar impostos e o dever de suportar a privação da propriedade caso esta viesse a ser expropriada para fins de utilidade pública[5]. A partir de tal circunstância, seja em escala mais ampla ou mais reduzida, os deveres passam a integrar documentos constitucionais do estado liberal.

A modificação do quadro ocorre, entretanto, a partir do momento em que os deveres deixam de apresentar certo nível de ressonância, como uma das decorrências do declínio dos regimes totalitários[6]. A substância emanada pelo totalitarismo, que se utilizava de ideologias para angariar o robusto apoio das massas com a finalidade de conquistar a manutenção no poder[7], tinha parte dos seus pilares assentados pelos deveres. Destacou-se, então, a necessidade de edificação de estruturas constitucionais consideravelmente sólidas que tivessem por objetivo a proteção e a promoção de direitos fundamentais, até mesmo como forma de uma brusca ruptura com as convicções vigentes em tempos pretéritos.

O papel dos direitos fundamentais, após o encerramento do período totalitário, experimentou uma expansão, e principalmente, uma ascensão para um posto de prioridade, cenário que produziu a estruturação de dispositivos constitucionais que favorecessem a proteção dos direitos da pessoa, bem como do próprio modelo de Estado de Direito[8].

---

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais (e-book), 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 786.

[4] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 44-45.

[5] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 44-45.

[6] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 537.

[7] ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo, Companhia de Letras, São Paulo, 2012, p. 278.

[8] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 537.

Devido a esta alteração os deveres padeceram de um encolhimento da sua força de influência em relação aos demais valores enunciados pelas constituições que sucederam tal fase.

Embora ofuscados pela força dos direitos fundamentais, os deveres permanecem gravados nos textos constitucionais, o que implica em práticas realizadas em observância do seu conteúdo. Ademais, apesar de ostentarem uma essência pouco lembrada pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito do Direito Constitucional, especialmente quando comparada com a predominância dos direitos fundamentais, os deveres fundamentais constituem uma categoria autônoma[9].

A partir desta concepção, os textos constitucionais deixam clara a ideia de que um cenário que combine a existência de direitos fundamentais e a ausência de deveres fundamentais reputa-se como impraticável. Tal circunstância sucede não somente pela inviabilidade de atendimento absoluto a todas as demandas individuais, considerando ser o Estado incapaz de fornecer todas as estruturas necessárias para tanto, especialmente em razão do limite orçamentário; mas principalmente devido ao fato de que dos membros da sociedade é requerido o adequado cumprimento de deveres fundamentais, até mesmo como forma de fixação de um senso de responsabilidade social para o alcance de uma coexistência em harmonia.

A partir da premissa de que não há direitos sem deveres, a carga decorrente da consagração de direitos fundamentais determina precisamente a presunção da existência de deveres fundamentais[10]. Nesse sentido, uma sociedade balizada apenas por direitos, sem a contrapartida de deveres, mostra sua inviabilidade justamente pela impossibilidade de se extrair de seus membros um grau mínimo de consciência e responsabilidade coletivas, indispensáveis para uma existência comunitária equilibrada[11].

Nesse sentido, evidencia-se a relevância dos deveres fundamentais como mecanismo de impulso dos indivíduos para o cumprimento de obrigações para com o Estado, que em uma perspectiva mais ampla, culminam em influência para toda a comunidade, mas essencialmente, como forma de posicionar os membros da sociedade no serviço uns para com os outros. Os deveres fundamentais consistem, portanto, em situações jurídicas

[9] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 15 e p. 36.
[10] OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 537.
[11] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 167.

previstas constitucionalmente[12] a partir das quais sucede uma vinculação com determinada conduta, seja esta de agir ou de não agir.

Constituem, nesse sentido, uma atuação capaz de produzir benefícios para toda a coletividade, reflexo de um compromisso em caráter solidário para o devido desenvolvimento de estruturas sociais[13], em observância dos dispositivos constitucionais. Assumem o formato de deveres jurídicos do indivíduo com um significado especial para a sociedade, de maneira a poderem ser por esta também vindicados[14].

Os deveres fundamentais estruturam-se, portanto, na concepção de que dos indivíduos também é exigida uma determinada conduta compatível com a defesa e proteção dos interesses de toda a sociedade, de modo que o seu cumprimento dos mostra-se relevante para uma considerável contribuição para o bem estar de toda a sociedade, inclusive na adequada efetivação de direitos fundamentais.

Os deveres fundamentais encontram espaço na Constituição Federal Brasileira em dispositivos e temas diversos. A segurança pública, art. 144, e a educação, art. 205, caracterizadas por serem um direito da sociedade e um dever do Estado, também, apresentam a sua dimensão associada aos deveres fundamentais. No caso da segurança, o texto constitucional prevê ser de responsabilidade de todos, redação próxima à exibida pela previsão referente à educação, que depende do incentivo da comunidade para a garantia da plenitude do desenvolvimento da pessoa.

Também estão presentes na Constituição da República Portuguesa, como é o caso do dever de colaboração com a administração eleitoral, previsto no art. 113º, n. 4; o dever de promoção e proteção da saúde, assinalado no art. 64º, n. 1; e o dever de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme consta do art. 66º, n. 1.

Ademais, há a categoria de deveres autônomos, de modo a não estarem diretamente associados a qualquer direito fundamental, como é o caso, por exemplo, do dever de defesa da pátria, previsto no art. 276º, n. 1. da Constituição Portuguesa. Há, diversamente, o catálogo de deveres conexos com direitos, equivalentes a uma espécie de reflexo dos direitos fundamentais. Sob aspecto distinto do mesmo tópico, a verificação dos deveres conexos sucede quando ambos exibem compatibilidade de conteúdo com direitos, como é o caso do

---

[12] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 110.

[13] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004, p. 160.

[14] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 64.

direito ao meio ambiente[15] ecologicamente equilibrado e dever de preservação do meio ambiente, ambos previstos no art. 225 da Constituição Federal e no art. 66º, n. 1 da Constituição da República Portuguesa.

Os deveres conexos com direitos assinalam, por outro lado, a dimensão dos obstáculos intrínsecos ao ofício de delimitação do que seria o direito, verificado como um elemento que resulta em uma vantagem, e o que seria o dever, considerado um encargo[16]. Tal catálogo, ademais, também é conhecido como direitos-deveres, uma vez que abarcam a proteção jurídica devida pelo Estado e o dever da sociedade em colaborar com o zelo do bem em questão.

2. Direito-Dever Fundamental Decorrente do Patrimônio Histórico e Cultura

A cultura reflete a história de um povo, de modo a constituir um aspecto basilar da sua identidade e dignidade[17]. Toda a produção cultural realizada ao longo da evolução de um povo reproduz valores históricos indispensáveis para a concretização das bases de uma comunidade.

O patrimônio cultural, por sua vez, consiste em um registro do passado, de modo a ser elemento substancial para o núcleo da identidade coletiva. Portanto, independentemente de permanecer no cotidiano ou de ter cessado sua existência, a essência de tal registro conserva-se[18] precisamente por meio do patrimônio cultural, cujo conteúdo apresenta valores históricos aptos também a exercer influência em toda a sociedade.

Capaz de reportar a contextos associados não somente à cultura, mas também, e especialmente, à população, o patrimônio cultural e histórico revela a evolução de determinado povo e a fixação de costumes nos alicerces de sua identidade. Esta revela-se essencial para a demonstração da existência de elementos em comum, sejam estes de ordem

[15] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Editora Almedina, Coimbra, 1993, p. 548.
[16] VARELA DIAZ, Santiago. *La Idea de Deber Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, ano 2, n. 4, 1982, p. 69-96.
[17] TARASCO, Antonio Leo. *Diversità e Immaterialità del Patrimonio Culturale nel Diritto Internazionale e Comparato: Analisi di una Lacuna (Sempre più Solo) Italiana*, Rivista Elettronica di Diritto Pubblico, di Diritto dell'Economia e di Scienza dell'Ammnistrazione, 2007, pp. 1-24.
[18] NOGUEIRA, José Duarte. A Proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI, Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 1-10.

civilizacional ou cultural, capazes de representar aspectos suficientemente robustos para o reconhecimento em caráter mútuo dos grupos integrantes de uma população[19].

A identidade traduz-se, ainda, nos mais variados aspectos integrantes da evolução sociocultural de determinado povo ou grupo até o presente, de modo a afetar toda a produção e criação cultural contemporânea, uma vez que encontra suas raízes em valores antecedentes. O patrimônio, portanto, como elemento componente da identidade de um povo, atinge os tempos presentes, como forma de, simultaneamente, observar o passado e mirar para o futuro.

Os valores emanados do patrimônio histórico e cultural devem, portanto, impulsionar atuações no sentido de respeitar as conquistas históricas; preservar as peças, edificações e manifestações socioculturais; e alavancar a produção cultural. Nesse sentido, o patrimônio histórico e cultural não deve ser percebido como uma marca ornamental, mas como uma notável essência da identidade de uma comunidade[20], suficientemente hábil a motivar comportamentos de preservação e promoção de todos os seus elementos.

A utilização do patrimônio histórico e cultural compõe o catálogo de direitos fundamentais de terceira dimensão[21], cujo destaque é a sua conexão com a ideia de solidariedade, já que se descolam da individualidade característica da titularidade de outros grupos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer que um conjunto de pessoas seja titular, o que configura a ideia de transindividualidade[22].

Entretanto, o patrimônio histórico e cultural não se qualifica apenas pela sua posição como um direito fundamental, mas também pela extração de uma faceta deverosa de sua essência. O dever fundamental de preservação do patrimônio histórico e cultural respalda a atuação conjunta da coletividade no sentido de manter vivos os mais variados aspectos, materiais ou imateriais, da produção cultural e da evolução histórica presentes na narrativa de um povo.

Os direitos-deveres, assim, constituem situações jurídicas que, além de representarem uma garantia ao indivíduo, demandam a proteção do Estado somada à colaboração coletiva. Nesse sentido, a participação comunitária na proteção e promoção de direitos fundamentais

---

19 NOGUEIRA, José Duarte. A Proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI, Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 1-10.

20 COSI, Dante. *Diritto di Beni e dele Atività Culturali*, Aracne, Roma, 2008, p. 32.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais (e-book), 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012, p. 111.

22 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 320.

com o propósito de satisfação de toda a sociedade deve ocorrer de maneira complementar ao papel desempenhado pelo Estado.

Não se exime aqui o Poder Público do devido cumprimento de suas atribuições previstas em termos constitucionais, pelo contrário, o Estado deve atuar de modo a preencher as demandas da população sempre que assim se mostrar possível. Entretanto, a sociedade também detém o seu grau de responsabilidade, de forma complementar à atuação estatal, no zelo por determinados bens jurídicos, como é o caso, entre outros, do meio ambiente, da saúde e da educação.

O patrimônio histórico e cultural também integra esse rol de direitos-deveres, uma vez que a sua fruição deve ser respeitada por estar sob a égide do conteúdo expresso por direitos fundamentais, sendo a sua proteção e preservação, portanto, exigidas do Estado, porém, em colaboração com toda a coletividade. Conteúdo, aliás, que consta da Constituição Federal, em seu art. 215, cuja redação pontua a garantia do pleno exercício de direitos relacionados à cultura, bem como do devido acesso às fontes nacionais de cultura e do adequado incentivo à valorização das manifestações culturais. Já o art. 216, §1º do texto constitucional dispõe ser de atribuição do Estado, somada a contribuição da coletividade, a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

Tal previsão constitucional aponta precisamente para o sentido de um direito-dever fundamental relacionado ao patrimônio histórico e cultural, uma vez que à todos é garantido o pleno exercício dos direitos referentes à cultura, mas também à todos cabe a preservação do patrimônio histórico e cultural nacional, mediante colaboração comunitária em sincronia com as tarefas estatais para tanto.

Já Constituição da República Portuguesa assinala em seu art. 78º, n. 1, o direito de todos à fruição e criação cultural, mas também o dever de defesa, preservação e valorização do patrimônio cultural. Ademais, no dispositivo reservado ao meio ambiente, o texto constitucional português também aponta a incumbência do Estado, conectada a participação da coletividade, de preservação dos valores culturais de interesse histórico e artístico, conforme consta do art. 66º, n. 2, c.

Outros ordenamentos jurídicos, por meio de seus respectivos textos constitucionais, também pontuam a importância da cultura para a sociedade, bem como a necessidade de proteção do patrimônio histórico e cultural em nome da preservação da identidade coletiva. A Constituição da República Italiana, por exemplo, em seu art. 9, dispõe sobre a tarefa de promoção do desenvolvimento da cultura, bem como sobre a atribuição do Estado de tutela do patrimônio histórico da nação.

Já a Constituição Espanhola aponta, em seu art. 46, que o Poder Público deve assegurar a promoção e a conservação do enriquecimento do patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos espanhóis. Protege, portanto, todos os bens que o compõem, atribuindo, ainda, à lei penal a possibilidade de sancionar atentados ao patrimônio.

A Constituição da Nação Argentina, por sua vez, prevê o direito a um ambiente são e equilibrado, de modo a satisfazer as necessidades presentes sem comprometer as gerações futuras, uma vez associado o dever de preservação, conforme previsto no art. 41. O patrimônio cultural, ademais, também deve ser protegido pelo Estado, além da contribuição coletiva.

O Estado, por sua vez, independentemente do ordenamento, deve garantir os meios adequados para que a população possa usufrui dos bens históricos e culturais, de modo a promover a sua vitalidade, especialmente no campo de investigação e estudo[23], prática que efetiva o direito fundamental à fruição do patrimônio histórico e cultural. Ademais, também cabe aos Estado a execução de serviços no sentido de possibilitar a transmissão dos valores culturais e históricos do povo para as gerações futuras.

Já a coletividade, portadora de um interesse comum[24] de usufruir dos bens históricos e culturais, também detém a sua parcela de contribuição para a adequada preservação do patrimônio, como reflexo de uma responsabilidade comunitária em favor de um valor fundamental para a essência de um povo. Nesse sentido, cabe não apenas ao Estado, mas também a toda a sociedade a participação ativa para a manutenção da memória da identidade coletiva, como reflexo da realização em termos práticos do dever fundamental de preservação do patrimônio histórico e cultural.

3. Solidariedade Intergeracional

Decorre do patrimônio histórico e cultural um direito-dever que trata da fruição e da preservação dos bens que o compõem. Nesse sentido, o registro da história coletiva, por constituir sustentáculo da sua identidade, deve ser utilizado e protegido de maneira adequada, para que a sua finalidade seja atingida não apenas para a comunidade atual, mas também para as que estão por vir.

O tratamento adequado para com o patrimônio histórico e cultural, executado pelas comunidades passadas, ofereceu a sociedade atual a oportunidade de compreensão e

[23] CABALLERÍA, Marcos Vaquer. *La Proteción Jurídica del Patrimonio Cultural Imaterial*, Revista de la Subdirección General de Museos Estatales, n. 1, 2005, pp. 80-90.
[24] CORTESE, Barbara. *Patrimonio Culturale, Diritto e Storia*, Roma TrE-Press, 2017, pp. 1-14.

conhecimento de elementos essenciais para a sua identificação. Assim, cabe também ao presente entregar ao futuro a mesma chance que lhe foi dada por meio da proteção e preservação dos bens componentes dos registros históricos, até mesmo como um reflexo de solidariedade.

Assim, aos membros de uma sociedade são estabelecidos deveres para a manutenção de uma convivência equilibrada, tal cumprimento não deixa de carregar consigo valores de solidariedade em caráter comunitário. A agregação de indivíduos para um comum objetivo de alcance de um estado de bem estar coletivo, até mesmo como uma forma de cidadania ativa e responsável, constitui precisamente um dos alicerces para a existência de deveres de solidariedade[25].

O devido cumprimento do dever fundamental de preservação do patrimônio histórico e cultural, por sua vez, previsto em diversos textos constitucionais, garante a comunidade atual o acesso aos mais variados elementos de caráter cultural e histórico. Ademais, também certifica a possibilidade de participação das gerações futuras no aprendizado sobre o seu desenvolvimento como comunidade.

Nesse sentido, a solidariedade intergeracional caracteriza-se precisamente por sua preocupação não somente com as gerações atuais, mas também com as futuras, de modo que o dever fundamental de preservação do patrimônio histórico e cultural apresenta compatibilidade com a sua essência. A partir disso, impõe-se aos grupos contemporâneos um certo de grau de responsabilidade coletiva como forma de assegurar a viabilidade de fruição dos bens integrantes do patrimônio para as comunidades futuras.

A valorização do passado e a percepção de futuro sustentam a essência da preservação do patrimônio. Da mesma forma que antepassados zelaram pelos bens de relevância histórica e cultural para que a atual geração pudesse ter este acesso, a população presente deve resguardá-los para assegurar o mesmo aos futuros grupos sociais, em observância do dever fundamental de preservação do patrimônio, configurando uma verdadeira conduta de solidariedade intergeracional.

Nesse sentido, a apropriada preservação do patrimônio histórico e cultural, reflexo do preenchimento prático do respectivo dever fundamental, produz um certo nível de aproximação entre as pessoas e os significados emanados da memória coletiva[26]. A

[25] SEGADO, Francisco Fernández. *La Solidaridad como Principio Constitucional*, Revista Teoría y Realidad Constitucional, n. 30, 2012, p. 139-181.

[26] GOMES, Carla Amado. O Preço da Memória: A Sustentabilidade do Patrimônio Cultural Edificado, Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.

solidariedade intergeracional derivada do dever de proteção do patrimônio reflete, nesse sentido, elevado grau de consciência coletiva, uma vez que os bens de valor histórico não são utilizados de maneira imprópria, mas sim de forma pertinente com os interesses da coletividade.

Embora seja conteúdo da solidariedade intergeracional a garantia da oportunidade de utilização de determinados bens também para gerações futuras, não se trata de um direito[27] que estas detêm. O uso de tal nomenclatura revela-se inadequado, uma vez que não se tem conhecimento em termos exatos sobre a titularidade[28] desse direito devido ao fato de que os indivíduos ainda não existem para o ordenamento jurídico.

Assim, o direito fundamental de utilização do patrimônio histórico e cultural importa as gerações contemporâneas. Parte-se, então, da concepção de que as práticas atuais produzem efeitos presentes e futuros, de modo que as próximas gerações serão atingidas, positiva ou negativamente. Logo, como forma de reconhecimento de que as consequências do tratamento atual ao patrimônio repercutem nas comunidades que ainda estão por vir, o dever fundamental de solidariedade intergeracional materializado pela preservação do patrimônio histórico e cultural constitui instrumento indispensável à garantia do bem estar futuro.

A percepção de responsabilidade entre gerações, de certa maneira, revela a dimensão intertemporal dos deveres, uma vez atribuídos a comunidades existentes em momentos diversos, umas para com as outras[29]. Nesse sentido, a titularidade de direitos fundamentais, especialmente o referente ao patrimônio histórico e cultural, limita-se a geração atual, enquanto o dever fundamental de preservação do patrimônio, embalado pela solidariedade intergeracional, estende o seu poder de influência para tempos passados, presentes e futuros.

A preservação do patrimônio histórico e cultural deve despontar em respeito pelas comunidades antecedentes que zelaram por determinados bens com a finalidade de oferecer o mesmo para as que as sucederam. O dever de conservação do patrimônio, ademais, atinge diretamente a contemporaneidade, como forma de assegurar a sua apropriada utilização para toda a coletividade. A prática de proteção do patrimônio também afeta as gerações futuras tanto em termos de oportunidade, como de condições de fruição de seus bens.

---

[27] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 219.

[28] CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015, p. 54.

[29] PEPE, Gabriele. *La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva*, Rivista AmbienteDiritto.it, 2016, p. 1-13.

Ressalta-se, ainda, que a preservação do patrimônio deve ser um movimento universal e de via dupla. Os registros da evolução histórica e cultural de um povo não demandam respeito apenas deste, mas também, e essencialmente, de grupos diversos. Assim, ao se visitar uma nação estrangeira, deve-se respeito para com os elementos que compõem a sua identidade, da mesma forma que ao receber estrangeiros, pode-se exigir que estes tenham consideração com os bens históricos e culturais locais, uma vez parte da narrativa do povo e da nação que estão a percorrer.

Assim, como decorrência do preenchimento prático do dever fundamental conectado à solidariedade intergeracional, cabe a sociedade a sua parcela de contribuição para a preservação do patrimônio por meio do zelo por edifícios, museus e praças, bem como pelo cuidado com objetos e documentos de valor histórico e cultural. A manutenção da identidade na memória coletiva, assim, encontra fundamentação na proteção dos itens de essencialidade histórica e cultural.

Da mesma forma que os atos que geram efeitos jurídicos merecem registro notarial, o patrimônio histórico e cultural, materializado na sua mais variada ordem de bens, roga por meios de cravar o seu avanço na memória viva da coletividade. A conservação da evolução cultural e histórica na lembrança da sociedade constitui aspecto substancial ao núcleo de um grupo populacional, não somente em termos de valorização das conquistas passadas, mas também como maneira de evitar a reincidência em eventuais práticas inadequadas transcorridas em tempos pretéritos.

Conclusão

A caracterização de um direito-dever decorrente do patrimônio histórico e cultural revela a importância de um uso consciente dos bens que o compõem, como forma de aprendizado sobre a história da comunidade e de valorização da identidade coletiva. Ademais, mostra-se essencial o zelo por objetos, documentos, edifícios e praças para que seja oferecida à todos a oportunidade de também conhecer mais sobre a sua evolução como comunidade, tanto para os indivíduos de gerações presentes, como para aqueles que farão parte das futuras.

O patrimônio histórico e cultural marca intensamente a memória coletiva, de forma que a sua preservação apresenta a capacidade de influenciar os costumes de uma comunidade. A essencialidade da proteção dos bens materiais e imateriais integrantes do patrimônio revela-se na rotina dos indivíduos, uma vez que todo o entendimento coletivo sucedido em

tempos presentes deve-se as construções de valor histórico e cultural produzidas no passado. Nesse sentido, e em observância à concepção de solidariedade intergeracional refletida pelas práticas de responsabilidade comunitária, a preservação do patrimônio assegura às gerações futuras a oportunidade de aprender sobre o seu desenvolvimento histórico e sobre a sua identidade comunitária.

O direito fundamental de utilização do patrimônio histórico e cultural assume tal condição pela magnitude de influência que exerce na consolidação da identidade coletiva, seja de um grupo social ou de uma nação. Já o dever fundamental de proteção do patrimônio histórico e cultural, previsto em textos constitucionais, compreende ações dispendidas em favor de toda a coletividade, com o objetivo de assegurar a todos, de gerações presentes ou futuras, a oportunidade de acesso aos bens que o integram. Revela-se, assim, como um direito-dever fundamental justamente por produzir o duplo efeito de uso e preservação de seus bens materiais e imateriais de valor histórico e cultural, de extrema relevância para os pilares da identidade de uma comunidade.

Referências Bibliográficas

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo, Companhia de Letras, São Paulo, 2012.
CABALLERÍA, Marcos Vaquer. *La Proteción Jurídica del Patrimonio Cultural Imaterial*, Revista de la Subdirección General de Museos Estatales, n. 1, 2005, pp. 80-90.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Editora Almedina, Coimbra, 1993.
CASALTA NABAIS, José. O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Editora Almedina, Coimbra, 2015.
CORTESE, Barbara. *Patrimonio Culturale, Diritto e Storia*, Roma TrE-Press, 2017, pp. 1-14.
COSI, Dante. *Diritto di Beni e dele Ativitá Culturali*, Aracne, Roma, 2008.
GOMES, Carla Amado. O Preço da Memória: A Sustentabilidade do Patrimônio Cultural Edificado, Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011.
MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais, Tomo IV, 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
NOGUEIRA, José Duarte. A Proteção do Patrimônio Cultural no Século XXI, Centro de Investigação de Direito Público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 1-10.
OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I., Editora Almedina, Coimbra, 2016.
PEPE, Gabriele. *La Solidarità Intergerazionale quale Strumento di Giustizia Redistributiva*, Rivista AmbienteDiritto.it, 2016, p. 1-13.
SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais (e-book), 11ª edição, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018.

SEGADO, Francisco Fernández. *La Solidaridad como Principio Constitucional*, Revista Teoría y Realidad Constitucional, n. 30, 2012, p. 139-181.
TARASCO, Antonio Leo. *Diversità e Immaterialità del Patrimonio Culturale nel Diritto Internazionale e Comparato: Analisi di una Lacuna (Sempre più Solo) Italiana*, Rivista Elettronica di Diritto Pubblico, di Diritto dell'Economia e di Scienza dell'Ammnistrazione, 2007, pp. 1-24.
VARELA DIAZ, Santiago. *La Idea de Deber Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, ano 2, n. 4, 1982, p. 69-96.
VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2004.

O novo regime jurídico das Comissões de Ética

Ana Sofia Carvalho[1]

Isabel Restier Poças[2]

Sumário: I. Introdução: a **dignidade da pessoa humana como valor ético-jurídico.** II. O anterior e o novo regime jurídico das comissões de ética. III. Breves conclusões

I. Introdução: a dignidade da pessoa humana como valor ético-jurídico

A proteção da dignidade da pessoa humana é o fundamento da bioética nos tempos atuais, em que o ser humano se vê inserido num mundo de grandes avanços biotecnológicos. **"Avassaladores, estes progressos têm o poder de originar uma diferente visão da vida e do próprio Homem e de abrir caminho a profundas mudanças sociais, com impacto global e que se estenderá às gerações futuras."**[3] **Cumpre, pois, analisar o princípio da dignidade humana, princípio orientador do trabalho de qualquer comissão de ética.**

Segundo Kriele o princípio da dignidade humana, com o sentido universalista com que civilizacionalmente o entendemos, radica as suas mais fortes raízes no Cristianismo[4]. No entanto, e apesar das raízes históricas, a dignidade da pessoa humana é mais do que uma experiência religiosa, sendo um valor primordial da ordem jurídica.

Com efeito, o artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) proclama que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular. Gomes Canotilho e Vital Moreira[5] afirmam que ao basear a República na dignidade da pessoa humana a Constituição explicita de forma inequívoca que o poder da República tem de assentar em dois pressupostos: a prioridade da pessoa humana sobre a

---

[1] Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. Investigadora-Colaboradora do CIJE, Universidade do Porto e do CEDIS, Universidade Nova de Lisboa. Juíza de Direito, a exercer funções no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto

[2] Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa - Porto, Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada

[3] http://www.cnecv.pt/historial.php (consultado em 22 de outubro de 2018).

[4] MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Wolters Kluwer /Coimbra Editora, Coimbra 2010, p. 79.

[5] Fazemos aqui uma síntese dos ensinamentos dos autores in CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada* Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 198 a 200.

organização política; a pessoa ser considerada um sujeito e não um objeto, ser fim e não meio de relações jurídico-sociais. Constitui assim a dignidade da pessoa humana um dado prévio da legitimação da República, com três grandes dimensões: a dimensão intrínseca do ser humano, a dimensão aberta e carecedora de prestações e a dignidade como dimensão de reconhecimento recíproco.

A dignidade como dimensão intrínseca do ser humano articula-se com a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projeto espiritual de cada pessoa: assim, a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autónomo e específico que exige respeito e proteção leva, por exemplo, a que se proíba o tráfico de seres humanos.

A dignidade como dimensão aberta e carecedora de prestações relaciona-se com as novas exigências da pessoa humana que podem reclamar a necessidade de prestações (públicas ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa. Esta dimensão legitima e justifica a socialidade, que impõe desde logo a garantia de condições dignas de existência (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02, sobre o rendimento social de inserção).

A dignidade como dimensão de reconhecimento recíproco pressupõe relações de reconhecimento intersubjetivo, pois a dignidade de cada pessoa deve ser compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros. Esta dimensão está na base de princípios jurídicos como o da ressocialização em matéria penal.

Ainda se deve ter em conta que a dignidade da pessoa humana legitima a imposição de deveres de proteção especiais: deveres públicos de proteção de pessoas em situações especiais propícias a graves atentados a essa dignidade (ex.: refugiados), assim como deveres públicos de defesa da vida e integridade do ser humano (ex.: tráfico de seres humanos).

Segundo Jorge Miranda são projeções da dignidade da pessoa humana as seguintes:

"a) A dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta;

b) A dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento;

c) A dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher;

d)Cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas;

e) Cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si;

f) A dignidade determina respeito pela liberdade da pessoa, mas não pressupõe capacidade (psicológica) de autodeterminação;

g) A dignidade da pessoa permanece independentemente dos seus comportamentos sociais;

h) A dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material;

i) O primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade;

j) Só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida;

l) A dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular;

m) A dignidade da pessoa está para além da cidadania portuguesa."[6].

Jorge Miranda[7] entende que é necessário reconhecer que não é possível determinar, com exatidão científica, todas as concretas implicações e consequências do princípio da dignidade da pessoa humana e que se terá de deixar nas mãos do legislador a escolha dos meios mais adequados à efetiva salvaguarda da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a especificam, sendo assim a concretização do princípio feita de forma histórico-culturalmente aberta.

A dignidade da pessoa humana fundamenta a existência de direitos fundamentais[8]. Com efeito, "os direitos e liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas." [9]. Neste sentido, Cristina Queiroz sublinha que "o princípio de uma «existência condigna» (Dasein) não se refere unicamente à mera sobrevivência fisiológica e psíquica, mas ainda ao "livre" desenvolvimento da personalidade e à inclusão na sociedade. Ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana não ostenta uma acepção meramente negativa, de não intromissão na esfera individual e íntima das pessoas, mas ainda positiva, isto é, relativa ao homem enquanto "pessoa" e

[6] MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, tomo IV, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 221 e 222.

[7] MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui*, Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 78.

[8] Jorge Miranda define direitos fundamentais como os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material– *in Ibidem*, p. 9.

[9] *Ibidem*, p. 219.

"cidadão", dotado de idêntica «dignidade social" (artigo 13.º/1 da Constituição) e elemento participativo de uma comunidade social "bem ordenada".”[10].

II. O anterior e o novo regime jurídico das comissões de ética

Começaremos por fazer uma referência ao regime anterior das comissões de ética para a saúde (CES), criadas e instituídas pelo Decreto-Lei nº 97/95, de 10 de maio, no contexto do Serviço Nacional de Saúde, com o objetivo de dinamizar a reflexão sobre os problemas éticos[11]. Estas comissões funcionavam nas instituições e serviços de saúde públicos e unidades privadas de saúde, cabendo-lhes zelar pela observância de padrões de ética no exercício das ciências médicas, por forma a proteger e garantir a dignidade e integridade humanas, procedendo à análise e reflexão sobre temas da prática médica que envolvessem questões de ética.

Tinham uma composição multidisciplinar e eram constituídas por sete membros, designados pelo diretor clínico das instituições de entre médicos, enfermeiros, farmacêuticos, juristas, teólogos, psicólogos, sociólogos ou profissionais de outras áreas das ciências sociais e humanas, podendo em todo o caso, sempre que considerem necessário, solicitar o apoio de outros técnicos ou peritos. O mandato dos membros das CES era de três anos, podendo ser renovado por iguais períodos.

Em termos de funcionamento, as comissões de ética para a saúde funcionavam sob a direção de um presidente, coadjuvado por um vice-presidente, eleitos por e de entre os

seus membros e deviam aprovar o seu regulamento de funcionamento. No exercício das suas funções, que não eram remuneradas, as Comissões de ética para a saúde atuavam com total independência relativamente aos órgãos de direção ou de gestão da instituição ou serviço de saúde respetivo e os seus membros estavam sujeitos ao dever de sigilo relativamente aos assuntos que apreciassem ou de que tomassem conhecimento no desempenho do seu mandato, estando ainda submetidos ao regime de impedimentos decorrente do artigo 44.º do Código do Procedimento Administrativo.

Quanto às suas competências, as CES deviam:

a)Zelar, no âmbito do funcionamento da instituição ou serviço de saúde respetivo, pela salvaguarda da dignidade e integridade humanas;

---

[10] QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 114.

[11] CARVALHO, Ana e POÇAS, Isabel, As Comissões de Ética e a Saúde - Algumas Reflexões*, O Direito Actual e as Novas Fronteiras Jurídicas no Limiar de uma Nova Era,* Coleção·e-book, ISBN · 978-989-8835-33-*8,* Universidade Católica Editora , Porto, 2017, pp. 441-464.

b)Emitir, por sua iniciativa ou por solicitação[12], pareceres sobre questões éticas no domínio das atividades da instituição ou serviço de saúde respetivo;

c)Pronunciar-se sobre os protocolos de investigação científica, nomeadamente os que se refiram a ensaios de diagnóstico ou terapêutica e técnicas experimentais que envolvem seres humanos e seus produtos biológicos, celebrados no âmbito da instituição ou serviço de saúde respetivo;

d)Pronunciar-se sobre os pedidos de autorização para a realização de ensaios clínicos da instituição ou serviço de saúde respetivo e fiscalizar a sua execução, em especial no que respeita aos aspetos éticos e à segurança e integridade dos sujeitos do ensaio clínico;

e)Pronunciar-se sobre a suspensão ou revogação da autorização para a realização de ensaios clínicos na instituição ou serviço de saúde respetivo;

f)Reconhecer a qualificação científica adequada para a realização de ensaios clínicos, relativamente aos médicos da instituição ou serviço de saúde respetivo;

g)Promover a divulgação dos princípios gerais da bioética pelos meios julgados adequados, designadamente através de estudos, pareceres ou outros documentos, no âmbito dos profissionais de saúde da instituição ou serviço de saúde respetivo.

Passados 23 anos da entrada em vigor do referido Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de maio, decidiu-se rever o regime das CES, com o intuito de adaptar o seu regime jurídico à evolução registada em Portugal, no que respeita à importância e crescente emergência das questões de ética clínica ou assistencial e, também, às exigências da investigação científica, com a necessária reflexão sobre a proteção devida ao ser humano (cf. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 80/2018, de 15 de outubro).

Para alcançar tal desígnio, foi publicado o Decreto-Lei n.º 80/2018, de 15 de outubro, com entrada em vigor 60 dias após a publicação (cf. artigo 20.º do referido Decreto-Lei, doravante DL), que estabelece os princípios e regras aplicáveis à composição, constituição, competências e funcionamento das comissões de ética que funcionam integradas em instituições de saúde dos setores público, privado e social, assim como em instituições de ensino superior que realizem investigação clínica e centros de investigação biomédica que desenvolvam investigação clínica (artigo 1.º, n.º 1 do DL)

[12] De acordo com o artigo 7.º do DL os pareceres podem ser solicitados por:
a) Os órgãos de gestão da instituição ou serviço de saúde respectivo;
b) Qualquer profissional de saúde da instituição ou serviço de saúde respectivo;
c) Os doentes ou seus representantes, através do órgão de administração da instituição ou serviço de saúde.

Tais comissões têm como principal incumbência proceder à análise e reflexão sobre questões relacionadas com a ética e bioética (artigo 1.º, n.º 3 do DL) e como missão contribuir para a observância de princípios da ética e da bioética na atividade da instituição, na prestação de cuidados de saúde e na realização de investigação clinica, em especial no exercício das ciências da saúde, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como garante do exercício dos seus direitos fundamentais, bem como a integridade, confiança e segurança dos procedimentos em vigor na respetiva instituição (artigo 2.º, n.º 4 do DL).

As comissões de ética são dotadas de independência técnica e científica e são órgãos de natureza consultiva (artigo 2.º, n.º 1 do DL), sendo obrigatórias em:

"a) Instituições de saúde do setor público, privado e social;

b) Instituições do ensino superior que realizem investigação clínica;

c) Centros de investigação biomédica que desenvolvam investigação clínica.".

Têm uma composição multidisciplinar e são constituídas por um número impar de membros, determinado em função das características da instituição em que se integram, que não pode ser inferior a 5, nem superior a 11, incluindo um presidente e um vice-presidente, que serão eleitos pelas comissões de ética, de entre os seus membros (artigo 6.º, n.º 1 e artigo 7.º, n.º 2 do DL).

De acordo com o objeto da instituição, para a designação dos membros, efetuada por deliberação do órgão máximo da instituição (cf. artigo 7.º, n.º 1 do DL) tem de ser respeitada a seguinte composição multidisciplinar (cf. artigo 6.º, n.º 4 do DL):

"a) Profissionais de reconhecido mérito, nas áreas adequadas ao desempenho das suas competências, oriundos da instituição em que a comissão de ética se integra;

b) Pelo menos, 2 elementos externos à instituição em que a comissão de ética se integra, sendo 1 destes membros recrutado da comunidade, de forma a garantir os valores culturais e morais da comunidade.".

Na designação dos membros deves ser ponderada a participação de médicos, enfermeiros, farmacêuticos, juristas, filósofos, profissionais de ética, teólogos, bem como de outros profissionais que garantam os valores culturais e morais da comunidade, de acordo com o objeto da instituição (artigo 6.º, n.º 2 do DL).

O mandato dos membros das comissões de ética é de quatro anos, renovado uma única vez por igual período (artigo 7.º, n.º 1 do DL), podendo os membros cessar funções nos termos do artigo 12.º[13] do DL (artigo 7.º, n.º 3 do DL).

[13] Artigo 12.º- Cessação de funções

Em termos de funcionamento, as comissões de ética funcionam em reuniões plenárias, a realizar pelo menos uma vez por mês, por convocação e sob direção do seu presidente, ou nos impedimentos deste, do seu vice-presidente (artigo 9.º, n.º 1 do DL).

Compete ao presidente da comissão de ética nos termos do artigo 8.º, n.º 1 do DL:

"a) Representar a comissão de ética;

b) Coordenar a atividade da comissão de ética, convocar e presidir às reuniões e fazer cumprir a ordem de trabalhos;

c) Exercer voto de qualidade em caso de empate nas votações.".

Quanto às competências gerais das comissões de ética, as mesmas encontram-se previstas no n.º 1 do artigo do 3.º do DL, a saber:

"a)Zelar, no âmbito do funcionamento da respetiva instituição, pela observância de padrões de ética, salvaguardando o princípio da dignidade e integridade da pessoa humana;

b)Emitir pareceres relatórios, recomendações e outros documentos, por sua iniciativa ou por solicitação[14], sobre questões éticas relacionadas com as atividades da respetiva instituição, e divulgar os que considere particularmente relevantes na área da comissão de ética no *site* da instituição;

c)Elaborar documentos de reflexão sobre questões de bioética de âmbito geral, designadamente com interesse direto no âmbito da atividade da instituição, e divulgá-los na área da comissão de ética no *site* da instituição, promovendo uma cultura de formação e

1- As funções dos membros das comissões de ética cessam nas seguintes situações;
a) No termos do período de mandato;
b) Na data da tomada de posse noutro cargo de membro da comissão de ética;
c) Por renúncia, mediante carta dirigida ao órgão máximo da instituição;
d) Por deliberação do órgão máximo da instituição, com fundamento em incumprimento dos deveres de membro da comissão de ética.
2- Para efeitos do disposto na alínea d) do número anterior, considera-se incumprimento dos deveres do membro da comissão de ética, designadamente, a falta injustificada, três vezes consecutivas, ás reuniões de ética regularmente convocadas.
3- Os membros das comissões de ética mantêm-se em funções até serem substituídos, com exceção da causa de cessação da causa de cessação prevista na alínea b) do n.º1.

[14] Nos termos do artigo 5.º, n.º 1 do DL, podem solicitar às comissões de ética a emissão de pareceres, relatórios, recomendações e outros documentos:
a) O órgão máximo ou as direções intermédias da instituição;
b) Qualquer profissional da respetiva instituição;
c) Qualquer investigador que pretenda realizar estudos de investigação clínica na instituição;
d) Qualquer participante ou potencial participante em estudos de investigação clínica a realizar na instituição;
e) Os utentes da instituição, seus representantes ou familiares que demonstrem interesse objetivo com impacto no exercício dos seus direitos junto da respetiva instituição.
A comissão de ética deve dar conhecimento ao órgão máximo da instituição das solicitações que lhe sejam dirigidas, assim como das suas deliberações, nos termos do n.º 3 do artigo 5.º do DL.

da pedagogia na esfera da sua ação, incluindo a divulgação dos princípios gerais da bioética na respetiva instituição;

d)Colaborar, a nível regional, nacional e internacional, com outras entidades relevantes no âmbito da ética e bioética, tendo em vista a partilha de melhores práticas;

e)Promover ações de formação sobre assuntos relacionados com a ética e bioética na respetiva instituição; pronunciar-se sobre a elaboração de documentos institucionais que tenham implicações no domínio da ética.".

As comissões de ética que funcionem em instituições com prática clínica assistencial, tem as seguintes competências específicas (artigo 3.º, n.º 2 do DL):

"a) Zelar pelo respeito dos princípios éticos da dignidade da pessoa humana, da beneficência, da justiça e da autonomia pessoal na prestação de cuidados de saúde;

b) Colaborar com os serviços e profissionais da instituição envolvidos na prestação de cuidados de saúde, no domínio da ética;

c) Zelar pela proteção e pelo respeito dos direitos e deveres dos utentes e dos profissionais de saúde da instituição;

d) Prestar assistência ética e mediação na tomada de decisões que afetem a prática clínica e assistencial;

e) Assessorar, numa perspetiva ética, a tomada de decisões de saúde, organizativas e institucionais;

f) Elaborar orientações e recomendações nos casos e nas situações que gerem ou possam gerar conflitos éticos colocados pela prática clínica;

g) Verificar o cumprimento dos requisitos éticos legalmente estabelecidos.".

As comissões de ética que funcionem nas instituições onde se realize investigação clínica, tem as seguintes competências específicas (artigo 3.º, n,º 3 do DL):

"a) Exercer as competências previstas para as comissões de ética para a saúde nos termos da Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, na sua redação atual, que aprova a Lei da Investigação Clínica, no que respeita aos estudos clínicos;

b) Exercer as competências da Comissão de Ética para a Investigação Clínica (CEIC) no âmbito dos ensaios clínicos, quando designadas pela CEIC nos termos do Regulamento (UE) n.º 536/2014, do Parlamento e do Conselho, de 16 de abril de 2014, relativo aos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, e da legislação nacional que assegura a sua execução na ordem jurídica interna;

c) Emitir parecer sobre a adequação científica e ética dos investigadores para a realização de estudos de investigação clínica;

d) Avaliar, de forma independente, os aspetos metodológicos, éticos e legais dos estudos de investigação clínica que lhe são submetidos, ou que nelas são delegadas pela CEIC, bem como emitir parecer sobre a sua realização;

e) Assegurar o acompanhamento de todos os estudos de investigação clínica que decorrem na instituição desde o seu início até ao seu termo e a apresentação do relatório final do estudo;

f) Monitorizar a realização dos estudos de investigação clínica efetuados na respetiva instituição, em especial no que diz respeito a aspetos éticos e à segurança e integridade dos participantes;

g) Assegurar a disponibilização atempada e completa da informação relativa aos estudos de investigação clínica da sua responsabilidade, na plataforma da Rede Nacional das Comissões de Ética para a Saúde (RNCES) e no Registo Nacional de Estudos Clínicos (RNEC), bem como verificar e validar os dados constantes do RNEC relativamente aos estudos que avalia e acompanha.".

No exercício das suas competências as comissões de ética devem ponderar o estabelecido na lei, nos códigos deontológicos, nas convenções, declarações e diretrizes internacionais sobre as matérias a apreciar.

Os pareceres emitidos pelas comissões de ética assumem sempre a forma escrita e não têm carácter vinculativo, sem prejuízo do disposto no regime legal relativo à realização de estudos clínicos, em que a realização de estudos clínicos é obrigatoriamente precedida de parecer favorável da respetiva comissão de ética, sem o qual o estudo não pode ser realizado (artigo 5.º, n.º 2 do DL).

As comissões de ética elaboram e aprovam o respetivo regulamento interno de funcionamento, que se encontra sujeito a homologação por parte do órgão máximo da instituição, o qual depois será divulgado na área da respetiva comissão de ética no sítio da instituição e na plataforma da Rede Nacional das Comissões de Ética para a Saúde (RNCES) (cf. artigo 9.º, n.ºs 9 e 10 do DL). De fato, as comissões de ética abrangidas elo DL integram a RNCES, prevista na Lei n.º 21/2014, de 16 de abril, na sua redação atual, colaborando para o efeito com a respetiva entidade coordenadora.

No exercício das suas funções, que não são remuneradas, as comissões de ética atuam com total independência relativamente aos órgãos de direção ou de gestão da instituição a que pertencem (artigo 9.º, n.º 11 e 10.º, n.º 2 do DL), estando submetidos ao regime de impedimentos previstos nos artigos 69.º e 73.º do Código de Procedimento Administrativo (artigo 14.º, n.º 1 do DL).

Sempre que for necessário, face à natureza das matérias a abordar, as comissões podem solicitar o apoio de outros técnicos ou peritos (artigo 6.º, n.º 5 do DL).

Nos termos do artigo 15.º do DL, os membros das comissões de ética, os técnicos e peritos que colaborem com esta e o seu secretariado de apoio estão sujeitos ao cumprimento de deveres de confidencialidade e proteção de dados pessoais a que tenham acesso no exercício da sua atividade, mesmo após o termo das mesmas.

No fim de cada ano civil, as comissões de ética elaboram um relatório sobre a sua atividade, que é enviado ao órgão máximo da instituição até ao dia 15 de fevereiro do ano seguinte a que se reporta, devendo o mesmo ser colocado na área da comissão de ética no sítio da instituição e na plataforma da RNCES.

As comissões de ética existentes à data da entrada em vigor do DL devem proceder à sua adaptação ao disposto no DL no prazo de 60 dias após a sua entrada em vigor, nos termos do artigo 17.º, n.º 2 do DL.

III. **Conclusões**

As comissões de ética desempenham um papel fundamental, ao zelar pela observância de padrões de ética no exercício das ciências médicas, protegendo e garantindo o primado do ser humano e a dignidade da pessoa humana, valor ético-jurídico que possui diversas projeções e é fundamento de direitos fundamentais.

Com efeito, têm como principal incumbência proceder à análise e reflexão sobre questões relacionadas com a ética e bioética e como missão contribuir para a observância de princípios da ética e da bioética na atividade da instituição, na prestação de cuidados de saúde e na realização de investigação clinica, em especial no exercício das ciências da saúde, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como garante do exercício dos seus direitos fundamentais, bem como a integridade, confiança e segurança dos procedimentos em vigor na respetiva instituição.

As comissões de ética são dotadas de independência técnica e científica e são órgãos de natureza consultiva, sendo, em virtude do novo regime jurídico, obrigatórias em: a) Instituições de saúde do setor público, privado e social; b) Instituições do ensino superior que realizem investigação clínica; c) Centros de investigação biomédica que desenvolvam investigação clínica.

Estabeleceu-se um regime geral de competências que abrange todas as comissões de ética e que é mais alargado que o anteriormente previsto e em virtude da natureza da instituição foram introduzidas competências diferenciadas.

A composição das comissões é multidisciplinar, sendo constituídas por um número impar de membros, determinado em função das características da instituição em que se integram, que não pode ser inferior a 5, nem superior a 11, incluindo um presidente e um vice-presidente, que serão eleitos pelas comissões de ética de entre os seus membros.

Na designação dos membros deves ser ponderada a participação de médicos, enfermeiros, farmacêuticos, juristas, filósofos, profissionais de ética, teólogos, bem como de outros profissionais que garantam os valores culturais e morais da comunidade, de acordo com o objeto da instituição.

O mandato dos membros das comissões de ética é de quatro anos, renovado uma única vez por igual período.

Os pareceres emitidos pelas comissões de ética assumem sempre a forma escrita e não têm carácter vinculativo, sem prejuízo do disposto no regime legal relativo à realização de estudos clínicos, em que a realização de estudos clínicos é obrigatoriamente precedida de parecer favorável da respetiva comissão de ética, sem o qual o estudo não pode ser realizado.

Referências bibliográficas:

CARVALHO, Ana e POÇAS, Isabel, As Comissões de Ética e a Saúde - Algumas Reflexões, *O Direito Actual e as Novas Fronteiras Jurídicas no Limiar de uma Nova Era,* Coleção·e-book, ISBN · 978-989-8835-33-*8,* Universidade Católica Editora , Porto, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada,* Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional,* Vol. II, Tomo IV, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra,2000.

MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada,* Tomo I, 2.ª edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

QUEIROZ, C. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, Conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade,* Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

Hacia un tratado vinculante en materia de empresas transnacionales y derechos humanos: el "zero draft"

Silvia Vilar González[1]

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 3.- La Resolución 26/9, de 26 de junio de 2014, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 4.- El "Borrador Cero" y el Borrador de Protocolo Adicional al Tratado. 5.- Perspectivas de futuro. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN

El gran incremento de las transacciones comerciales internacionales que se ha producido en las últimas décadas, unido a la función destacada de las empresas transnacionales en el proceso de mundialización económico y social, ha llevado a que, desde el sector empresarial, las escuelas de negocios, los inversores, los consumidores, las ONGs e incluso algunos Gobiernos, se haya despertado un especial interés por promover en dichas empresas un comportamiento más ético, sostenible y respetuoso con la sociedad, los derechos humanos y el medioambiente, en general.

El papel que desempeñan las grandes empresas transnacionales supone, no sólo consecuencias en su dimensión interna, en forma de importantes beneficios para sus socios o de la generación de puestos de trabajo, sino también otros impactos y resultados en su vertiente externa que repercuten, tanto positiva como negativamente, en los distintos ámbitos geográficos y comunidades locales en los que despliegan sus actividades.

Entre las consecuencias de carácter negativo, se encuentran innumerables violaciones de los derechos laborales, civiles o políticos, la limitación del derecho de protesta o de la organización sindical, incluido el hostigamiento a sus líderes sociales, entre otros. También los muchos casos registrados relativos a acaparamiento de tierras, a vertidos de sustancias ilegales o a emisiones de gases con efecto invernadero, todos los cuales pueden suponer la

[1] Doctora internacional en derecho por la Universidad Jaume I Castellón de la Plana (España)

necesidad de desalojar o reasentar a las comunidades afectadas, sin respetar, en muchos supuestos, su derecho a una consulta previa.

Podemos mencionar, por ejemplo, el caso de la multinacional suiza Glencore y su gran extracción de cobre en minas a cielo abierto en Espinar (Perú), donde tras el cierre gradual de operaciones iniciadas en otros emplazamientos, utilizaron las anteriores como inmensos pantanos de residuos. Estudios científicos llevados a cabo en estos lugares, han permitido constatar elevados niveles de metales pesados, como mercurio, aluminio, arsénico o hierro, en las aguas potables y subterráneas de la zona, lo que las convierten en no aptas para el consumo humano. O la actividad que está desarrollando el gigante minero Vedanta en Zambia, donde se han constatado derrames de ácido sulfúrico y otros productos químicos tóxicos en la zona de la ciudad minera de Chingola (Zambia), que han afectado muy gravemente a sus ríos, corrientes y acuíferos subterráneos y, con ello, a la salud de muchos de los pobladores de esta zona, así como sus rentas y cosechas.

Ante estas situaciones, los distintos países del mundo llevan años debatiendo en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre el modo con el que poder garantizar que las operaciones que desarrollan las empresas transnacionales, sea respetable con los derechos humanos y con el medio ambiente.

Ya en el año 1999, mediante el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (Global Compact), se declararon diez compromisos[2] éticos básicos que se requería que dichas empresas asumieran como propios para, con ello, incrementar la justicia mundial. Los citados principios, de carácter voluntario, se referían a aspectos relacionados con la protección de los derechos humanos, el medioambiente y la lucha contra la corrupción en todas sus formas -incluidos el soborno y la extorsión-, dentro del ámbito de la responsabilidad social de las corporaciones empresariales.

Las empresas firmantes del Pacto, se comprometían: 1º a integrar en su gestión empresarial el Pacto Mundial y sus principios en materia de derechos humanos, estándares laborales, medioambiente y anticorrupción; 2º a publicar informes anuales de progreso, voluntarios y unilaterales, sobre dicha implementación; y 3º a apoyar públicamente el Pacto Mundial y sus principios a través de, por ejemplo, comunicados de prensa o discursos, entre otros.

[2] Disponible en: "https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles". Última consulta: 27/10/2018.

Sin embargo, no se creó ningún mecanismo de supervisión del cumplimiento de los mencionados compromisos por parte de dichas empresas, pese a que ""el mundo está reclamando que las empresas multinacionales se hagan responsables de sus operaciones internacionales, para poner término a los abusos y las violaciones de los derechos de los trabajadores y otros derechos humanos en las cadenas mundiales de suministro"[3].

La sociedad internacional, cada vez está más convencida de que, ni la adopción de iniciativas meramente voluntarias, ni los escasos textos de carácter internacional existentes que atribuyen a las empresas algún tipo de responsabilidad de forma directa[4], ni tampoco la implementación de medidas a nivel nacional, son suficientes para regular las conductas de las empresas en sus actividades transnacionales[5].

2.- LA RESOLUCIÓN 17/4, DE 16 DE JUNIO DE 2011, DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

En este contexto, el 16 de junio de 2011 se aprobó en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por unanimidad, la Resolución 17/4 titulada "Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas", dirigida a la prevención y remedio de las consecuencias adversas que las actividades empresariales supongan en los derechos humanos.

Esta Resolución, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU del año 1948, o el mencionado Pacto Mundial, constituye un hito en el proceso constante de construcción colectiva de una ética global.

[3] Según palabras de Sharan Burrow, secretaria internacional de la Confederación Sindical Internacional (CSI). CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, "Los Gobiernos deben apoyar un tratado vinculante de la ONU sobre empresas y derechos humanos", 2018. Disponible en: "https://www.ituc-csi.org/los-gobiernos-deben-apoyar-un?lang=en". Última consulta: 29/10/2018.

[4] Como sucede, por ejemplo, con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, el cual, pese a contener múltiples disposiciones relativas al régimen de las actividades realizadas por las empresas, a su estatuto o a los derechos, privilegios e inmunidades que se les reconocen, prácticamente no contiene mención alguna a su régimen de responsabilidad para los casos de incumplimiento de sus obligaciones. O con el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación del año 1989, que contiene reglas específicas sobre el régimen de responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes de los movimientos transfronterizos y eliminación de este tipo de sustancias.

[5] DEVA, S.. "The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part I: The Beginning of an End?". Business & Human Rights Resource Centre. 2018. Disponible en: "https://www.business-humanrights.org/en/the-zero-draft-of-the-proposed-business-and-human-rights-treaty-part-i-the-beginning-of-an-end". Última consulta: 27/10/2018.

Mediante la misma, el Consejo hizo suyos los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos[6], que constan en el Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (A/HRC/17/31).

Los principios incorporados por Ruggie en su informe, suponían nuevamente compromisos éticos básicos dirigidos a las empresas y se hallaban agrupados en tres grandes bloques:

a) Principios fundacionales y operativos relativos al deber del Estado de proteger los derechos humanos.
b) Principios fundacionales y operativos relacionados con la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.
c) Y, por último, principios fundacionales y operativos sobre el acceso a los mecanismos de reparación.

Entre los mencionados principios, se establece la necesidad de que las empresas guarden una debida diligencia en materia de derechos humanos, lo que implica su deber de evaluar el impacto real y potencial que su actividad suponga en los mismos, la necesidad de adoptar conclusiones y de actuar al respecto, así como de responder con medidas de prevención o mitigación ante impactos potenciales, y remediar por medios legítimos los reales que ya se hubieran producido[7].

Asimismo, las empresas deberán evaluar los riesgos reales o potenciales no sólo de sus propias actividades directas, sino que, además, deberán identificar "las áreas generales que presenten mayor riesgo de consecuencias negativas…, ya sea debido al contexto operativo de ciertos proveedores o clientes, a las operaciones, los productos o los servicios de que se trate, o a otras consideraciones pertinentes"[8].

Si una empresa no observase la diligencia debida en dicho sentido y contribuyera, o pudiera parecer estar haciéndolo, a los efectos negativos ocasionados por otras partes en materia de derechos humanos, la primera podría ser considerada cómplice de las infracciones cometidas por las segundas.

---

[6] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2011.

[7] Principio rector 17.

[8] "Principios Rectores sobre…", cit., págs. 21-22.

Por lo que respecta a los medios de reparación, los principios rectores 25. y siguientes contemplan la existencia de mecanismos, tanto de tipo judicial como extrajudicial, estatales y no estatales.

Asimismo, no será necesario esperar a que la denuncia o reclamación de los posibles afectados se apoye en una presunta violación efectiva de derechos humanos, sino que bastará con que las personas o comunidades interpongan la reclamación planteando la existencia de preocupaciones legítimas, lo que permitirá identificarlas y tratarlas a tiempo para, con ello, prevenir situaciones que deriven en conflictos y/o violaciones de derechos humanos más graves. Pero, si ya se hubiera producido el daño, se prevé una rápida atención y reparación del mismo por parte de las empresas, "de forma temprana y directa, a fin de evitar daños mayores o una escalada de reclamaciones" [9].

Su aportación normativa no se basa en crear nuevas obligaciones de derecho internacional para los Estados y las empresas, sino en concretar qué implicaciones tienen para éstas las normas y métodos actuales, en integrarlas en un modelo único, coherente e inclusivo, y en identificar las mejoras que se puedan implementar o puntos débiles del sistema actual.

Los principios atribuyen responsabilidad a todas las empresas, independientemente de "su tamaño, su sector o el país en el que se encuentre(n), de respetar los derechos humanos y de no producir impactos negativos en las poblaciones locales"[10].

Todos los estándares de conducta contenidos en los referidos Principios Rectores suponen un importante avance en la protección y reconocimiento de los derechos humanos por parte de las empresas pero, nuevamente, constituyendo tan solo compromisos que implican una responsabilidad social voluntaria, sin imponer obligaciones reales de tipo jurídico, ni implementar ningún mecanismo formal que permita la vigilancia y supervisión externa de los compromisos adquiridos por estas, ni sanciones efectivas para los casos de incumplimiento.

La Resolución 17/4 creó también un Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos, dirigido a la creación de un futuro instrumento vinculante de carácter internacional que estableciera obligaciones a las empresas para el respecto de los derechos humanos.

[9] "Principios Rectores sobre…", cit., pág. 38.

[10] COOPERACCIÓN, "Por un Tratado Vinculante sobre empresas y derechos humanos", 2018, disponible en: "http://cooperaccion.org.pe/por-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/". Última consulta: 27/10/2018.

3.- LA RESOLUCIÓN 26/9, DE 26 DE JUNIO DE 2014, DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS

Unos pocos años después de la citada Resolución 17/4, en su periodo 26º de sesiones el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 26/9, de 26 de junio de 2014, titulada "Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", dirigida al establecimiento de un grupo de trabajo intergubernamental, de composición abierta, con el mandato de "elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos" [11].

Pese a que ya desde hace años era patente la necesidad de contar con algún tipo de instrumento a nivel internacional que permitiese establecer obligaciones reales dirigidas a las empresas y mecanismos de vigilancia y de reclamación de responsabilidad frente a los supuestos de violación de los derechos humanos en los que pudieran incurrir en el plano de sus actividades transnacionales, es precisamente la presente Resolución la que marca un verdadero inicio de trabajos conducentes hacia una efectiva consecución de un instrumento internacional vinculante con estas características.

En la aprobación de la Resolución se tuvieron en consideración, entre otros, los propósitos y principios contenidos en diversos textos asociados con el reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, entre otros, así como las distintas resoluciones adoptadas en el seno del Consejo en materia de derechos humanos y empresas transnacionales, teniendo también en cuenta la labor realizada por la Comisión de Derechos Humanos, así como el impacto, de carácter positivo o negativo, que la labor de las empresas transnacionales puede suponer en las distintas comunidades que residen en los territorios en que dichas empresas despliegan su actividad.

Al grupo de trabajo creado, se le encomendó, además, la obligación de elaborar un informe "sobre los progresos realizados a este respecto para examinarlo en su 31º período de sesiones"[12] y también un documento que contuviera los elementos a tener en cuenta a la hora de elaborar el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante[13].

[11] Párrafo operativo 1. de la Resolución 26/9.
[12] Párrafo operativo 8. de la Resolución 26/9.
[13] Párrafo operativo 3. de la Resolución 26/9.

Es necesario recordar que los procesos de negociación de los tratados siempre son complejos y se extienden en el tiempo, ya que, además de cuestiones de carácter meramente jurídico, se debaten y revelan otro tipo de cuestiones que tienen más que ver con los juegos políticos y con la diplomacia, que con el derecho internacional público propiamente[14].

Sin embargo, pese al notable avance que supone la adopción de una Resolución de este tipo en el seno de las Naciones Unidas, es importante no olvidar que su aprobación fue posible por tan sólo 20 votos favorables, frente a 14 en contra y 13 abstenciones, perteneciendo la mayoría de votos contrarios a los países más fuertemente industrializados y con mayor peso en el panorama internacional, tanto a nivel político como económico, como son los Estados Unidos de América, Alemania, Reino Unido, Francia, Italia, Irlanda o Japón -frente a los votos favorables de India, Congo, Cuba, Filipinas, Pakistán o Vietnam, entre otros[15]-. Si estos países que votaron en contra de la Resolución, no firman ni ratifican el proyecto futuro que resulta de la misma, pueden dejar su aplicación sin efectos a nivel práctico, ya que de dichos Estados provienen las empresas transnacionales de mayor repercusión en el panorama internacional[16].

En cumplimiento a dicho mandato, la Presidencia del OEIGWG, redactó un documento titulado "Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos", de fecha 29 de septiembre de 2017, el cual se tuvo en cuenta a la hora de redactar, con posterioridad, tanto el "Borrador Cero", que analizaremos a continuación, así como el Borrador del Protocolo Adicional al Tratado.

Señalaremos, finalmente, a este respecto, que más de noventa organizaciones de la sociedad civil[17], tanto nacionales como internacionales, como la Confederación Sindical

[14] GARCÍA ESTEBAN, A. y SALGADO, E., "Una reflexión del tratado de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos", *Diario_responsable*, 15/10/2018. Disponible en: "https://diarioresponsable.com/opinion/26889-una-reflexion-del-tratado-de-naciones-unidas-sobre-empresas-y-derechos-humanos". Última consulta: 27/10/2018.

[15] Por último, señalaremos que países como España o Portugal no pudieron pronunciarse ni a favor ni en contra de la repetida Resolución en el momento de su aprobación en el año 2014, ya que en dichos momentos no se encontraban entre los 47 Estados miembros encargados de adoptar decisiones en el seno del Consejo de Derechos Humanos.

[16] TORRES MARENCO, V., "Hacia la elaboración de un Tratado sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos", *Debate Global*, 14/11/2014. Disponible en: "https://debateglobal.wordpress.com/2014/11/14/hacia-la-elaboracion-de-un-tratado-sobre-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/". Última consulta: 27/10/2018.

[17] Véase "Declaración ante el Consejo de Derechos Humanos en apoyo a la iniciativa de un grupo de Estados hacia la institución de un instrumento legal vinculante sobre corporaciones transnacionales", 2013. Disponible en: "https://www.stopcorporateimpunity.org/declaracion-ante-el-consejo-de-derechos-humanos-en-apoyo-a-la-iniciativa-de-un-grupo-de-estados-hacia-la-institucion-de-un-instrumento-legal-vinculante-sobre-corporaciones-transnacionales/?lang=es". Última consulta: 29/10/2018.

Internacional[18], el Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa[19], ATTAC Portugal[20] o Unión Sindical Obrera (USO)-España[21], entre muchísimas otras, han aunado sus voces para reclamar a los Gobiernos para que, de una vez por todas, apoyen la creación de un tratado vinculante en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, sobre empresas y derechos humanos, que colme la "enorme laguna legal existente, que permite a las empresas eludir la legislación laboral y el respeto de los derechos humanos"[22].

Con este confuso panorama, habrá que esperar para ver si, realmente, el texto que establezca obligaciones reales y responsabilidades exigibles a las empresas transnacionales frente a vulneraciones de derechos humanos en el plano internacional, llegará a ver la luz.

4.- EL "BORRADOR CERO" Y EL BORRADOR DE PROTOCOLO ADICIONAL AL TRATADO

El conocido como "Borrador Cero" o "Zero Draft", de fecha 16 de julio de 2018, fue presentado por el Gobierno de Ecuador ante Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y contiene el boceto inicial del que podría convertirse en primer "Instrumento legalmente vinculante para regular, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales"[23].

Junto con dicho documento, el Grupo de Trabajo presentó también un Borrador del Protocolo Adicional al Tratado[24], que contiene el mecanismo dirigido a los Estados para la implementación en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales del futuro instrumento vinculante, una vez éste haya sido aprobado.

Por lo que respecta al contenido del "Borrador Cero", el citado texto contiene, entre otras, normas que permiten delimitar la Ley aplicable y el órgano jurisdiccional que gozará

---

18 "La CSI quiere además que se elimine el lenguaje ambiguo del borrador, y que se limite en el tratado el uso de *forum non conveniens*, una doctrina jurídica que las empresas han venido utilizando para que las demandas presentadas en su contra sean tratadas en países donde el sistema judicial es más débil". CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, "Los Gobiernos deben...", cit.

19 GARCÍA ESTEBAN, A. y SALGADO, E., "Una reflexión del tratado...", cit.

20 Véase: "https://attacportugal.webnode.com/paz-e-direitos-humanos/". Última consulta: 29/10/2018.

21 Véase "Apoyo de USO al Tratado vinculante de Empresas y Derechos Humanos". Disponible en: "http://www.uso.es/apoyo-de-uso-al-tratado-vinculante-de-empresas-y-derechos-humanos/". Última consulta: 29/10/2018.

22 Según palabras de Sharan Burrow, secretaria internacional de la CSI. CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, "Los Gobiernos deben...", cit.

23 Disponible en: "https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf". Última consulta: 29/10/2018.

24 Disponible en: "https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.PDF". Última consulta: 29/10/2018.

de competencia para entrar juzgar casos en que las empresas transnacionales hubieran cometido violaciones de los derechos humanos en el marco de su actividad internacional, derechos específicos reconocidos expresamente a las víctimas, obligaciones de diligencia debida impuestas a las empresas de cara a prevenir posibles violaciones futuras, así como disposiciones que contienen las distintas responsabilidades de tipo civil, penal y/o administrativo en que podrán incurrir las transnacionales en el marco de su actividad, entre otros aspectos. Reconoce también la importancia y establece la necesidad de reforzar la cooperación internacional entre los Estados y la asistencia legal mutua, de cara a prevenir este tipo de violaciones.

Tanto del preámbulo del Borrador -que, sorprendentemente, aparece desarrollado dentro del artículo 1 del mismo-, como del restante contenido del documento, se desprende que su finalidad radica en fortalecer el respeto, promoción, protección y cumplimiento de los derechos humanos -que pudieran resultar, tanto de la legislación internacional, como de las distintas normativas nacionales- en el contexto de las actividades desplegadas por las empresas transnacionales en el ámbito internacional, así como en asegurar el acceso efectivo por parte de las víctimas a la justicia y a mecanismos que permitan la reparación en caso de violación de sus derechos humanos en el referido contexto y, finalmente, avanzar en la cooperación internacional entre los Estados firmantes del futuro acuerdo de cara al cumplimiento efectivo de la legislación internacional en materia de derechos humanos.

Sin embargo, voces críticas[25] con el Borrador consideran que una mera referencia, con carácter genérico, a "violaciones de derechos humanos en el contexto de cualquier actividad empresarial de carácter transnacional"[26] y a "todos los derechos humanos internacionales, así como aquellos derechos reconocidos en las legislaciones nacionales"[27], es demasiado vaga e imprecisa, siendo absolutamente necesario que se concreten los derechos humanos a los que se referirá el tratado, de cara a una correcta implementación del mismo.

En dicho sentido, sería conveniente que el futuro instrumento haga referencia a los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos relativos al derecho humanitario, derechos económicos, sociales, culturales, civiles, políticos y laborales, el derecho a la libre determinación de los pueblos, los derechos colectivos de los pueblos y

[25] GARCÍA ESTEBAN, A. y SALGADO, E., "Una reflexión del tratado...", cit.
[26] Art. 3.1 del Borrador Cero.
[27] Art. 3.2 del Borrador Cero.

comunidades indígenas, el derecho al desarrollo o el derecho a un medio ambiente sano, entre otros[28].

El texto considera víctima a cualquier persona que, presuntamente, hubiera sufrido un daño, de forma individual o colectiva, "incluyendo lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida económica o deterioro sustancial de sus derechos humanos, incluidos los derechos ambientales, a través de actos u omisiones en el contexto de actividades comerciales de carácter transnacional"[29], pudiendo incluirse en esta consideración, cuando así se estime oportuno, también al círculo familiar cercano de la víctima y a las personas que dependan de ella directamente.

Por su parte, tendrá la consideración de actividad empresarial de naturaleza transnacional "cualquier actividad económica con finalidad lucrativa, incluida, entre otras, la actividad productiva o comercial, realizada por persona física o jurídica, incluidas las actividades realizadas a través de medios electrónicos, que tengan lugar o impliquen acciones, personas o impacto en dos o más jurisdicciones nacionales"[30].

El problema de esta última definición radica en el hecho de que, sin una mención expresa a la distinción entre: a) lesiones que resulten de las actividades de las empresas matrices en su actuación transnacional, y b) posibles violaciones de derechos humanos llevadas a cabo por parte de sus filiales, agencias, subcontratas, etc., sin necesidad de que las mismas trasciendan del ámbito local, parece admitir la exclusión de la responsabilidad de estas últimas en el marco del convenio, lo que no permitiría acabar de modo definitivo con la impunidad, por lo que es fundamental que se prevea de forma explícita el modo en que poder vincular a las empresas matrices con las entidades que se encuentran a lo largo de su cadena de suministro para, en definitiva, poder atacar conjuntamente a todas ellas como co-autoras de las vulneraciones a través del levantamiento del velo corporativo[31].

Es también importante señalar que, pese a que el tratado crea obligaciones dirigidas a los Estados para que adopten las medidas legislativas o de cualquier otro tipo que fueran

[28] COVINGTON & BURLING, LLP, "A Step Along the Road to a Legally Binding Treaty on Business and Human Rights", 2018. Disponible en: "https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2018/08/a_step_along_the_road_to_a_legally_binding_treaty_on_business_and_human_rights.pdf". Última consulta: 27/10/2018.

[29] Art. 4.1 del Borrador Cero.

[30] Art. 4.2 del Borrador Cero.

[31] CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM), "Comentarios y propuestas sobre el Proyecto de instrumento jurídicamente vinculante, presentado al Grupo de Trabajo Intergubernamental de la ONU sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos". 2018. Disponible en: "https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2018/10/Dec-ecrite-campagne-ESP_FINAL.pdf". Última consulta: 27/10/2018, pág. 8.

necesarias, de cara a lograr que las empresas transnacionales sean legalmente responsables y deban responder ante las víctimas, no hay que olvidar que, en ocasiones, la función del Estado también puede conllevar algún tipo de responsabilidad en el contexto de las operaciones empresariales de las empresas violadoras de los derechos humanos, lo que generalmente es pasado por alto[32]. Así, estos Estados en muchas ocasiones colaboran de forma necesaria con las empresas[33], facilitándoles y apoyando sus operaciones comerciales en los sectores de la minería, petróleo o gas, o brindando seguridad a los sitios operacionales, lo que lleva a que muchos de los abusos que se denuncian generalmente, incluyan la complicidad del Estado con las empresas privadas[34].

El texto tampoco hace referencia a las instituciones económicas y financieras internacionales las cuales son también, en muchos casos, cómplices de las violaciones cometidas en materia de derechos humanos por las empresas transnacionales, por lo que también debería valorarse esta cuestión[35].

Por lo que respecta a la jurisdicción, al quedar ésta definida de forma amplia, las comunidades y personas que vean sus derechos humanos perjudicados, podrán recurrir a los órganos jurisdiccionales de aquel Estado en que se hubiera producido el daño, o bien, a los del Estado en que la empresa multinacional se hallare domiciliada.

En cuanto a la determinación de la Ley aplicable, el artículo 7 del Borrador Cero establece que todas las cuestiones formales o procedimentales que no se hallen expresamente reguladas en el futuro Convenio, se regirán por las Leyes del foro, incluidas las normas de conflicto del mismo.

Se faculta además a las víctimas para que, en relación con el supuesto concreto de violación de los derechos humanos de que se trate, puedan optar por la aplicación de la ley personal correspondiente al domicilio de la entidad que los hubiera transgredido.

A efectos de determinar el domicilio social, el art. 6.2 dispone que tendrá tal consideración: a) el lugar que se hubiera consignado en los estatutos sociales de la empresa; b) donde tenga sede su administración central; c) donde se hallen sus principales intereses

[32] LÓPEZ, C., "Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I)", *Opinio Iuris*, 2018. Disponible en: "http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/". Última consulta: 27/10/2018.

[33] Véase, por ejemplo, la noticia en la que se habla del caso de corrupción entre las empresas Royal Dutch Shell PLC y Eni S.p.A., y miembros del gobierno de Nigeria. Disponible en: "https://www.bbc.com/news/world-europe-42427283". Última consulta: 29/10/2018.

[34] Como sucede en Nigeria con Shell. LÓPEZ, C., "Towards an International…", cit.

[35] CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM), "Comentarios y propuestas sobre...", cit., pág. 4.

empresariales; y d) donde se encuentren sus filiales, agencias, instrumentales, sucursales, oficinas de representación o similares.

El artículo 8 de Borrador hace referencia a los derechos expresamente reconocidos a las víctimas, entre los que se encuentran, además de su derecho al acceso a la justicia y a un proceso justo, efectivo y rápido, los siguientes: "a) la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición para las víctimas; y b) la remediación ambiental y restauración ecológica cuando corresponda, incluida la cobertura de los gastos de reubicación de las víctimas y reemplazo de las instalaciones comunitarias" [36].

Los Estados parte deberán proporcionar ayuda legal y financiera a las víctimas, garantizándoles su derecho, individual o colectivo, a presentar reclamaciones ante sus órganos jurisdiccionales y poder acceder, en su caso, a los remedios oportunos y efectivos que se decretasen.

Se destaca la importancia de que las empresas observen la diligencia debida en el marco de sus operaciones comerciales, comprometiéndose los Estados a adoptar las medidas que fueran necesario de cara a la prevención de futuras lesiones, para lo que deberán tener en cuenta, entre otros, teniendo en cuenta el potencial impacto que la actividad empresarial pueda suponer en los derechos humanos, atendiendo al tamaño, naturaleza, contexto y riesgo asociado a dichas concretas actividades.

El texto también prevé específicamente en su artículo 10, la obligación dirigida a los Estados de cara a garantizar, a través de sus respectivas legislaciones nacionales, que tanto las físicas como las jurídicas, puedan ser consideradas responsables penal, civil o administrativamente de las violaciones de los derechos humanos que pudieran cometer en el contexto de sus actividades comerciales de carácter transnacional, estando previstas medidas que permitan la reparación y compensación a las víctimas, que incluyen sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, de carácter personal o patrimonial.

Asimismo, el texto prevé expresamente en su artículo 10.9 que "la responsabilidad penal de las personas jurídicas se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hubieran cometido los delitos".

5.- PERSPECTIVAS DE FUTURO

[36] Art. 8.1 del Borrador Cero.

Habrá que confiar en que los Estados miembros de los países más industrializados decidirán, finalmente, impulsar un instrumento vinculante de estas características, otorgando prevalencia a la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional frente a los intereses particulares de las empresas transnacionales y su capacidad para influir en las políticas públicas e, incluso, en los tribunales arbitrales privados utilizados por las mismas para defender sus derechos[37], para lograr, con ello, terminar con la impunidad de las grandes transnacionales y asegurar el acceso a la justicia por parte de las personas y comunidades que vean lesionados sus derechos.

Es necesario señalar, en este punto, que seguirán produciéndose presiones por parte de las grandes transnacionales así como por parte de los organismos afines al sector empresarial. Como, por ejemplo, la Cámara Internacional de Comercio, quien ha manifestado expresamente su disconformidad con la aprobación del instrumento internacional vinculante apoyado en el Borrador Cero, así como la del Protocolo Adicional al Tratado, puesto que ello "haría retroceder la agenda relativa a empresas y derechos humanos, al socavar lo dispuesto en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos y exacerbar el incumplimiento por parte de los Estados con respecto a sus obligaciones existentes"[38].

La Cámara Internacional de Comercio considera, además, que la aprobación del nuevo texto normativo vinculante conllevaría el riesgo de que las corporaciones transnacionales retirasen sus actividades empresariales de los "países de alto riesgo", o evitasen entrar en sus mercados, así como llevar a una posposición de inversiones en proyectos vitales para lograr el desarrollo y los ODS.

6.- CONCLUSIONES

Las iniciativas que permiten otorgar a las propias empresas facultades para controlar unilateralmente el cumplimiento de estándares voluntarios, definiendo y estableciendo sus propias obligaciones, pese a que suponen un nada desdeñable impacto y repercusión en la creación de cultura socialmente responsable por parte éstas, limitan también la posibilidad de sancionar los incumplimientos llevados a cabo por parte de las mismas y de exigirles

[37] CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM), "Comentarios y propuestas sobre...", cit., pág. 16.

[38] Véase, "Business response to the Zero Draft Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises ("Zero Draft Treaty") and the Draft Optional Protocol to the Legally Binding Instrument ("Draft Optional Protocol") Annex", 2018.

responsabilidades derivadas de sus actuaciones, más allá de las repercusiones negativas en la opinión pública.

Es necesario que los gobiernos nacionales antepongan el respeto a los Derechos Humanos frente a los intereses propios de las empresas transnacionales, así como que las instituciones internacionales gocen de una verdadera independencia con respecto a las presiones que pudieran provenir de dichas corporaciones frente a las mismas para, con ello, lograr alcanzar la aprobación de normas de observancia obligatoria en el plano internacional que puedan ser supervisadas y sancionadas en caso de incumplimiento.

Sin embargo, ello no será fácil, ya que los dirigentes nacionales suelen compartir intereses con las multinacionales, y sus políticas suelen hallarse subordinadas a acuerdos comerciales concertados con estas, por lo que los presupuestos de los distintos Estados suelen depender, en gran medida, de la inversión extranjera llevada a cabo por estas grandes empresas.

Supone un avance fundamental haber conseguido elaborar en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el borrador de un documento que podrá llegar convertirse en texto normativo vinculante en materia de empresas transnacionales y derechos humanos, pero también es muy importante no olvidar que su aprobación será sumamente complicada. No hay más que observar los países que han votado a favor y en contra, así como las asociaciones, entidades y colectivos que se encuentran en cada lado de la balanza, por lo que habrá que esperar para ver si, efectivamente, logra aprobarse definitivamente un texto internacional de estas características.

La negociación y aprobación de los tratados internacionales suele tardar años, pero tendremos que albergar esperanzas de que el "Instrumento legalmente vinculante para regular, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales", que se elaborará a partir del debate y revisión del Borrador Cero, algún día, llegará a ver la luz, con el impacto que el mismo supondrá en la actividad, de cara al respeto de los derechos humanos, por parte de las empresas.

7.- BIBLIOGRAFÍA

CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO (CETIM), "Comentarios y propuestas sobre el Proyecto de instrumento jurídicamente vinculante, presentado al Grupo de Trabajo Intergubernamental de la ONU sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos", 2018. Disponible en: "https://www.stopcorporateimpunity.org/wp-content/uploads/2018/10/Dec-ecrite-campagne-ESP_FINAL.pdf". Última consulta: 27/10/2018.

CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL, "Los Gobiernos deben apoyar un tratado vinculante de la ONU sobre empresas y derechos humanos", 2018. Disponible en: "https://www.ituc-csi.org/los-gobiernos-deben-apoyar-un?lang=en". Última consulta: 29/10/2018.
COOPERACCIÓN, "Por un Tratado Vinculante sobre empresas y derechos humanos", 2018. Disponible en: "http://cooperaccion.org.pe/por-un-tratado-vinculante-sobre-empresas-y-derechos-humanos/". Última consulta: 27/10/2018.
COVINGTON & BURLING, LLP, "A Step Along the Road to a Legally Binding Treaty on Business and Human Rights", 2018. Disponible en: "https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2018/08/a_step_along_the_road_to_a_legally_binding_treaty_on_business_and_human_rights.pdf". Última consulta: 27/10/2018.
DEVA, S., "The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part I: The Beginning of an End?", *Business & Human Rights Resource Centre*, 2018. Disponible en: "https://www.business-humanrights.org/en/the-zero-draft-of-the-proposed-business-and-human-rights-treaty-part-i-the-beginning-of-an-end". Última consulta: 27/10/2018.
GARCÍA ESTEBAN, A. y SALGADO, E., "Una reflexión del tratado de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos", *Diario_responsable*, 2018. Disponible en: "https://diarioresponsable.com/opinion/26889-una-reflexion-del-tratado-de-naciones-unidas-sobre-empresas-y-derechos-humanos". Última consulta: 27/10/2018.
LÓPEZ, C., "Towards an International Convention on Business and Human Rights (Part I)", *Opinio Iuris*, 2018. Disponible en: "http://opiniojuris.org/2018/07/23/towards-an-international-convention-on-business-and-human-rights-part-i/". Última consulta: 27/10/2018.
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra, 2011.
TORRES MARENCO, V., "Hacia la elaboración de un Tratado sobre Empresas Transnacionales y Derechos Humanos", *Debate Global*, 2014. Disponible en: "https://debateglobal.wordpress.com/2014/11/14/hacia-la-elaboracion-de-un-tratado-sobre-empresas-transnacionales-y-derechos-humanos/". Última consulta: 27/10/2018

Licitações sustentáveis como instrumentos da política urbana municipal

Laura Magalhães de Andrade[1]

Dayane de Paula Baring[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. Política de desenvolvimento urbano e sustentável. 2.1 O desenvolvimento urbano municipal no direito brasileiro. 2.2. Breves considerações sobre a sustentabilidade. 3. Licitações e contratos administrativos: da ótica tradicional à sustentável. 4. A necessária interseção entre política urbana municipal e licitações sustentáveis. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Desde as últimas décadas do século XX até o presente, a busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado, notadamente após a Constituição brasileira de 1988, com seu art. 225[3], está presente no cenário nacional, com o intuito não só de minimizar os impactos já existentes, mas de rever os hábitos consumeristas do próprio Estado e da sociedade, incutindo práticas sustentáveis no cotidiano público-privado.

A relevância deste estudo advém, nesse passo, da necessidade de se instituir políticas públicas municipais que garantam a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento urbano, visando ao incremento da qualidade de vida da população por intermédio de contratações públicas sustentáveis, empregadas como instrumentos da política urbana municipal. O problema desta pesquisa, portanto, está assim delimitado: quais são os mecanismos de promoção de políticas urbanas sustentáveis, que resultem em transformações sociais e ambientais, a partir da realização de contratações públicas pela Administração Municipal?

---

[1] Doutoranda em Direito pela Universidade Federal Fluminense e pela Universidade de Vigo; Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

[2] Acadêmica de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

[3] "Todos têm 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 à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Como objetivo geral, buscar-se-á explicitar as necessárias interseções entre a política urbana municipal e as licitações sustentáveis. São objetivos específicos: (i) traçar um panorama das políticas urbanas municipais e do desenvolvimento sustentável a partir da Constituição Federal de 1988 (ii) tecer breves considerações acerca do regime jurídico administrativo para as contratações públicas e sua transição de uma ótica tradicional para as contratações públicas sustentáveis no Brasil; e (iii) discorrer sobre os fundamentos e a eficácia da implementação de licitações públicas sustentáveis como instrumento de política urbana dos municípios brasileiros.

Para a exploração e análise do tema proposto elegeu-se, como referencial teórico, os ensinamentos de Celso Fiorillo, nos temas relacionados ao Direito Ambiental e Urbanístico, e as lições de Daniel Ferreira, Marco Moraes Filho e Rafael Oliveira para a compreensão das contratações públicas sustentáveis. Ademais, já que o estudo será realizado por meio da análise legislativa e pesquisa bibliográfica sobre os temas propostos, utilizar-se-á os métodos jurídico-doutrinal e analítico.

Assim, pretende-se apresentar o resultado de uma investigação teórico-legislativa sobre o tema, a fim de que se compreenda a evolução dos institutos, bem como os desafios presentes e do porvir. Ao final, será possível concluir que as alterações legislativas voltadas às licitações sustentáveis se sobrepõem à mera normatização, traduzindo-se em ferramentas sustentáveis para o ambiente público, que seguem uma tendência mundial que prima pelo Estado Socioambiental de Direito.

2. POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO URBANO E SUSTENTÁVEL

A Presente seção tem o escopo de expor as principais características da política de desenvolvimento urbano na Constituição brasileira e sua relação com a proteção do meio ambiente, especialmente em virtude de disposições constitucionais sobre o tema. Para tanto, partindo-se de uma premissa cooperativa e participativa, os agentes promotores das políticas urbanas e ambientais necessárias à coletividade devem ser a própria sociedade e todos os entes federativos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios –, seja por meio da fiscalização, da criação de legislações e políticas públicas ou, ainda, mediante assistência técnica ou financeira, como será demonstrado a seguir.

2.1. O desenvolvimento urbano municipal no direito brasileiro

A política de desenvolvimento urbano, competência do Poder Público Municipal em atenção às normas gerais editadas pela União (art. 21, XX, CF), "tem por objetivo ordenar o

pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes", conforme estabelece o artigo 182, *caput*, da Constituição. Isso significa que o espaço urbano deve proporcionar à coletividade o "direito à vida, à segurança, à igualdade e à liberdade", assim como "um piso vital mínimo, compreendido pelos direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, **ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, entre outros encartados no art. 6º**", visando ao bem-estar de seus habitantes (FIORILLO, 2013, p. 587).

Ainda no âmbito das competências constitucionais, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, concorrentemente, sobre Direito Urbanístico, devendo a União dispor apenas sobre normas gerais e os Estados suplementá-las às particularidades regionais (art. 24, I, §§ 1º e 2º, CF). Ademais, os Estados poderão, mediante lei complementar estadual, "instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum" (art. 25, §3º, CF). Desse modo, as funções nitidamente municipais em serviços e políticas públicas poderão ser assumidas pelo Governo Estadual para gerenciamento regionalizado, dadas às especificidades de territórios municipais adjacentes, tais como a existência de contextos sociais e econômicos semelhantes ou, ainda, características físicas ou técnicas que denotem que a atuação uniformizada regional seja mais eficiente.

Pontua-se, todavia, que essas previsões não expressam necessariamente interferências da União e dos Estados na política urbana municipal. Ao contrário, delineiam uma repartição de competências que visa a firmar um dever de cooperação legislativa, político-administrativa e técnica na federação, notadamente em assistência ao Município, que normalmente não possui capacidade técnico-financeira para atuar integralmente na gestão e promoção do direito à cidade.

Além dessas atribuições, há outras visões a se considerar sobre o espaço urbano enquanto manifestação das funções sociais da cidade. Consoante pondera Celso Fiorillo (2013, p. 587) o "vocábulo urbano (...) significa cidade e, por extensão, os habitantes desta". Ademais, a Constituição passou a conceber a cidade como "bem jurídico ambiental", uma vez que não a disciplina unicamente em função da regulação de bens públicos ou privados, mas sob a ótica do Direito Ambiental Constitucional, em observância à estrutura econômico-social de cada espaço urbano, tais como distribuição de renda e nível de acesso a serviços e direitos fundamentais. Esse novo conceito também é largamente empregado nas legislações nacionais sobre desenvolvimento urbano, que buscou adequá-lo à realidade brasileira,

nitidamente a Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade (FIORILLO; FERREIRA, 2014, p. 589).

Nesse contexto, o Estatuto da Cidade é norma geral que visa a instituir diretrizes à política de desenvolvimento urbano municipal, dentre as quais se destacam: o direito à infraestrutura urbana, participação popular, cooperação governamental e social, planejamento e descentralização dos polos de atividade econômica, oferta de serviços públicos, ordenação e controle do uso do solo, proteção do meio ambiente natural, urbano, do trabalho e cultural e o acesso à moradia digna.

Para a consecução desses fins são previstos alguns instrumentos, como o planejamento municipal por meio do Plano Diretor, que é instrumento básico da política urbana, no qual são estabelecidos objetivos e normas sobre serviços públicos, acesso à moradia, sobre transporte e ocupação do solo, sempre em atenção às demais legislações sobre o tema, como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da Lei do Saneamento Básico, por exemplo. Vale mencionar, ainda, que o Plano Diretor é obrigatório em cidades com mais de vinte mil habitantes ou que integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 41, I e II, Lei 10.257/01).

Finalmente, ressalta-se que todas as legislações sobre política urbana têm caráter complementar, já que regulam fatores econômicos, sociais e ambientais conexos à infraestrutura urbana e prestação de serviços públicos, em prol bem-estar da coletividade. Preveem, ainda, diversos mecanismos de controle e participação popular no processo decisório e acompanhamento de políticas públicas, em um nítido viés democrático, repercutindo na participação de todos os atores sociais e do Estado, este quando atua diretamente, ou, ainda, indiretamente, por meio de contratações públicas.

2.2. Breves considerações sobre a sustentabilidade

A presente subseção discorrerá sobre o desenvolvimento sustentável em um breve panorama histórico-legislativo, considerando a influência do direito internacional na construção e evolução do conceito no Brasil e, notadamente, na Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, ressalta-se que a gênese do desenvolvimento sustentável no cenário internacional remonta à Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 1972, cujo relatório final estabeleceu princípios que visavam a harmonizar o crescimento econômico com a proteção do meio ambiente.

Outro marco importante foi a elaboração do relatório "Nosso futuro Comum", também conhecido como Relatório Brundtland, pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, em 1987, no qual se estabeleceu efetivamente o conceito de desenvolvimento sustentável, sendo aquele "que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades".

Tais acontecimentos culminaram na realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro, em 1992. Conhecida como "Cúpula da Terra", a Rio 92 teve ratificado, por 179 países, o documento intitulado "Agenda 21", que consiste em um plano de ação que instituiu metas para os Estados na promoção do desenvolvimento sustentável, por meio do combate às causas dos principais problemas que afetam o mundo, no tripé formado por aspectos econômicos, ambientais e sociais.

Depois desses eventos, foram realizadas diversas ações semelhantes pelas Nações Unidas, dentre as quais a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+10), em 2002; a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), em 2012; e a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, em 2015, quando foram definidos os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) , em uma nova agenda que sucede e atualiza os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), de 2000, estabelecendo 17 Objetivos e 169 metas em prol de resultados econômicos, sociais e ambientais satisfatórios até 2030. Desse modo, demonstra-se que a comunidade internacional – em diferentes medidas – tem aderido a uma agenda global que visa a promover a igualdade e justiça social por meio de ações direcionadas à sustentabilidade.

No que tange à Constituição brasileira de 1988, a noção de desenvolvimento sustentável foi a ela incorporada, eis que dispõe sobre suas dimensões econômica, social e ambiental, como se observa, por exemplo, nos direitos e obrigações relacionados ao meio ambiente e à coletividade presentes no já mencionado artigo 225. Tal dispositivo, analisado junto ao seu artigo 3º, supõe a obrigatoriedade de o Estado, ao promover o desenvolvimento nacional, visar, primordialmente, à redução das desigualdades, à erradicação da pobreza e à tutela do meio ambiente.

Outro aspecto a se considerar é a imprescindibilidade de se garantir um meio ambiente equilibrado e sadia qualidade de vida para as gerações atuais e futuras, sendo esse entendimento, também, intimamente relacionado ao princípio da solidariedade, presente no artigo 3º, inciso I, da Constituição, o qual estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República brasileira, a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária", o que impõe

um dever de solidariedade intergeracional em face do Estado e da coletividade que se expressa em um conjunto de responsabilidades das presentes gerações em não degradar o meio ambiente e de protegê-lo, com o fim de permitir sua fruição por gerações futuras (SARLET; FEINSTERSEIFER, 2012).

Ressalta-se que essas disposições são vinculantes, ainda, no exercício da atividade econômica, consoante se extrai do artigo 170, *caput*, inciso VI, da Lei Maior. Assim, o desenvolvimento econômico nacional deve considerar fatores sociais e ambientais, o que consiste em afirmar que todas as ações no meio ambiente urbano, embora relacionadas ao desenvolvimento de tecnologias, à produção industrial e à prestação de serviços públicos, devem satisfazer os interesses da sociedade com o mínimo de impactos no meio ambiente e máxima busca pelo cumprimento das funções sociais da cidade, como, por exemplo, a adequada destinação final de resíduos e o acesso à moradia digna pelas populações marginalizadas.

Em conclusão, evidencia-se que a tendência contemporânea do direito internacional em fomentar o desenvolvimento de programas sócio-econômico-ambientais exerceu influência na Constituição Federal e nas recentes legislações brasileiras, construindo a noção de desenvolvimento sustentável no Brasil. Por isso, as próximas seções esmiuçarão os aspectos do desenvolvimento sustentável incorporados ao Direito brasileiro, fazendo um recorte metodológico às contratações públicas e, finalmente, às disposições sobre política urbana municipal e sua indissociável relação com a proteção do meio ambiente.

3. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: DA ÓTICA TRADICIONAL À SUSTENTÁVEL

Tradicionalmente, a licitação pode ser considerada como um conjunto de regras legais objetivas a fim de conferir organização metodológica, transparência procedimental e segurança jurídica às relações entre o poder público e os particulares, quando aquele busca adquirir bens ou serviços, bem como alienar bens. Como decorrência lógica, haverá a elaboração de um contrato administrativo, que é o instrumento apropriado para formalizar a avença firmada entre o meio público e o universo privado.

Na Constituição brasileira de 1988, as licitações e contratos administrativos estão previstos em diversos dispositivos, o que denota sua importância para a ordem constitucional vigente. Inicialmente, vale registrar que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, e suas respectivas

sociedades de economia mista, empresas públicas, assim como administrações autárquicas e fundacionais (art. 22, XXVII, CF/1988). Ademais, o art. 37, XXI, assim dispõe:

> Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:
> (...)
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pelos artigos mencionados acima, ficou assentado pelo constituinte originário que somente a União tem competência para informar o conteúdo do núcleo essencial deste segmento, através da elaboração das normas genéricas. Vale ressaltar, ainda, que a redação do *caput* desse artigo foi dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 19, de 04 de junho de 1998, também denominada de reforma administrativa, que modificou diversos regramentos relacionados à administração pública, tal como a inclusão da eficiência como princípio que vincula a atuação do Estado no gerenciamento da máquina pública, repercutindo nas contratações estatais.

No que tange à legislação infraconstitucional, a Lei nº 8.666/1993 é a norma regulamentar dos preceitos constitucionais estudados (em específico, o art. 37, XXI, CF), pois institui normas gerais indispensáveis para quaisquer licitações e contratos administrativos. Ademais, a mencionada lei vai impor ao procedimento licitatório a obediência aos princípios relacionados especificamente à matéria, tais como a isonomia, a competitividade, o julgamento objetivo das propostas, a vinculação ao instrumento convocatório, dentre outros.

Ultrapassada a fase interna da elaboração do termo de referência e do edital, bem como a fase externa de escolha da proposta considerada mais vantajosa, estabelece-se a relação jurídica entre o ente público o ente privado através da assinatura do contrato administrativo, responsável pela exposição das minúcias que disciplinarão a relação e cujas cláusulas obedecerão ao instrumento convocatório a ele vinculado e as demais normas sobre ele incidentes.

Feitas essas considerações iniciais sobre a licitação em sua perspectiva original, passa-se à análise da sustentabilidade aplicada nas contratações governamentais. Esta nova abordagem surge a partir da ascensão do meio ambiente como eixo condutor de discussões no âmbito nacional e internacional nas últimas décadas, sofrendo impulso logo após o processo de aprofundamento da globalização em meados da década de 1980, como demonstrado na seção precedente.

Na atualidade, gestores públicos devem incutir em suas ações os ditames da sustentabilidade, mas também precisam atender todas as finalidades decorrentes de um certame tradicional. Partindo-se dessas observações, o Governo Federal, através da Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental, departamento vinculado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), estabeleceu um conceito de licitações sustentáveis, por meio da cartilha explicativa da A3P[4] (Brasil, 2009, p. 48):

> Compras sustentáveis consistem naquelas em que se tomam atitudes para que o uso dos recursos materiais seja o mais eficiente possível. Isso envolve integrar os aspectos ambientais em todos os estágios do processo de compra, de evitar compras desnecessárias a identificar produtos mais sustentáveis que cumpram as especificações de uso requeridas. Logo, não se trata de priorizar produtos apenas devido a seu aspecto ambiental, mas sim considerar seriamente tal aspecto juntamente com os tradicionais critérios de especificações técnicas e preço.

Nesse contexto, a realização das contratações ditas sustentáveis deve ir além dos critérios habituais estipulados para a aquisição de produtos e serviços, utilizados para suprir a necessidade coletiva. Devem ser incorporadas regras de índole ambiental e, consequentemente, que se privilegiem empresas que gerem menos impacto negativo ao meio ambiente, não só quando da oferta de determinado bem ou serviço, mas que estas apliquem os ideais sustentáveis em sua estrutura interna e em toda a sua cadeia produtiva, em uma visão sistêmica de todo seu ciclo de vida funcional. Trata-se, portanto, de um grande investimento governamental no procedimento licitatório que antecede, em geral, as contratações públicas, com o fito de incutir a sensibilização ambiental não apenas a nível institucional, mas a todos os atores envolvidos com o poder público, para que se reverbere em toda a coletividade.

[4] "A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) é um programa do Ministério do Meio Ambiente que objetiva estimular os órgãos públicos do país a implementarem práticas de sustentabilidade". Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>. Acesso em: 28 out. 2018.

Em termos legislativos, a primeira norma que trouxe a sustentabilidade relacionada às compras públicas foi o Decreto nº 2.783, de 17 de setembro de 1998, que dispõe sobre a proibição de aquisição, pelos governos e pelas entidades integrantes da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, de produtos ou equipamentos que contenham ou façam uso de Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio (SDO), expressamente discriminadas no anexo da norma em apreço. Foram excluídos da vedação os produtos ou equipamentos considerados essenciais, conforme classificação estabelecida pelo Protocolo de Montreal.

A partir dessa previsão, foi dado prosseguimento às iniciativas de adoção de práticas socioambientais ao cotidiano da Administração Pública, conforme os seguintes instrumentos normativos, elencados cronologicamente:

a) Recomendação nº 11, de 22 de maio de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja finalidade é aconselhar os tribunais relacionados no texto constitucional a adotarem políticas públicas voltadas à formação e recuperação de um ambiente ecologicamente equilibrado;

b) Instrução Normativa (IN) nº 02, de 30 de abril de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG): contém práticas sustentáveis atreladas às compras governamentais;

c) Portaria nº 61, de 15 de maio de 2008, do Ministério do Meio Ambiente (MMA): objetiva, principalmente, estabelecer práticas de sustentabilidade ambiental a serem observadas nas licitações e demais formas de contratações realizadas pelo MMA;

d) Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da SLTI-MPOG: dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional;

e) Portaria nº 02, de 16 de março de 2010, da SLTI-MPOG: versa sobre as especificações de bens ligados à Tecnologia da Informação (TI) no horizonte da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, imputando a ela os métodos ambientalmente corretos;

f) Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010: modifica alguns dispositivos da lei geral das licitações e contratos administrativos, merecendo destaque o incremento da questão ambiental como finalidade na nova redação do art. 3º, ao dispor que "a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (...)";

g) Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011: institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), à época aplicável à Rio 2016, à Fifa 2013 e à Copa do Mundo de 2014, hoje presente nas obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único de Saúde (SUS), de mobilidade urbana, dentre outros. Estabelece a obrigatoriedade de avaliação dos impactos ambientais do objeto da contratação e sobre a possibilidade de se exigir certificação ambiental de produto ou processo produtivo. Ademais, dispõe que "(...) poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato" (art. 10, *caput*);

h) Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012: regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e estabelece critérios e práticas visando à promoção do desenvolvimento nacional sustentável através das contratações realizadas pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, como também pelas empresas estatais dependentes;

i) Instrução Normativa nº 10, de 12 de novembro de 2012, da SLTI-MPOG: prevê regras para a elaboração dos Planos de Gestão de Logística Sustentável (PLS), que fora estabelecido pelo art. 11, I, "b" do Decreto nº 7.746/2012;

j) Resolução CNJ nº 201, de 03 de março de 2015: dispõe sobre a criação e competências das unidades ou núcleos socioambientais nos órgãos e conselhos dos tribunais, sendo também responsável pela implantação do Plano de Logística Sustentável no Poder Judiciário (PLS-PJ);

k) Finalmente, o Decreto nº 9.178, de 23 de outubro de 2017, alterou o Decreto nº 7.746/2012, que regulamentou o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para trazer inovações recentíssimas à órbita das licitações sustentáveis, além de instituir novos elementos à Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública - CISAP.

Dentre as novidades trazidas por este último instrumento normativo, merece destaque o art. 2º: "Na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, observado o disposto neste Decreto". Cabe ressaltar que, especificamente quanto à vigência do artigo 2º, esta se deu cento e oitenta dias após a publicação do Decreto em apreço, que fora publicado em 23 de outubro de 2017. Portanto, a obrigatoriedade quanto à adoção de "critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios" passou a viger apenas a partir de 21 de abril de 2018.

Além disso, cabe ressaltar o artigo 3º com sua nova redação, o qual define que "os critérios e as práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão publicados como especificação técnica do objeto" e não mais "veiculados como especificação técnica" como dispunha a redação antecedente, trazida pelo Decreto nº 7.746/2012. Essa alteração corrobora com a obrigatoriedade de as práticas sustentáveis estarem presentes desde o instrumento convocatório o que, portanto, vincula o contrato administrativo dele decorrente.

A partir do panorama normativo apresentado, depreende-se, portanto, que o Brasil possui, atualmente, importantes ferramentas à disposição dos gestores estatais no propósito de inserir práticas de caráter sustentável, o que permite a mudança comportamental no consumo e provoca uma alteração estrutural significativa na dinâmica do mercado interno, ao incentivar e promover avanços concretos na implantação de uma economia mais equilibrada. Na seção seguinte, será apresentada uma ponderação sobre a necessidade de se utilizar as contratações sustentáveis como uma ferramenta eficaz para a política urbana municipal.

4. A NECESSÁRIA INTERSEÇÃO ENTRE POLÍTICA URBANA MUNICIPAL E LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Na presente seção, far-se-á uma correlação entre política urbana municipal e licitações sustentáveis, demonstrando seus fundamentos e algumas possibilidades de atuação municipal no desenvolvimento urbano por meio de contratações públicas, em especial licitações sustentáveis, dentro dos limites permitidos pela Constituição e pela legislação vigente.

Como brevemente mencionado alhures, há diversas disposições constitucionais e legislativas que atrelam a política urbana ao meio ambiente. Sobre isso, é importante frisar que o espaço urbano é constituído por vários elementos que formam a noção de meio ambiente, que são: o meio ambiente natural – a respeito do qual se impõe a todos ações e abstenções necessárias à sua preservação; o meio ambiente urbano ou artificial – que é a garantia de infraestrutura adequada na cidade; o meio ambiente cultural – o qual consiste na preservação do patrimônio histórico (bem material), enquanto produto da trajetória evolutiva de determinado povo, e do patrimônio cultural (bem imaterial), como manifestações linguísticas, práticas, técnicas e conhecimentos de relevante valor social por suas especificidades; e, por último, o meio ambiente laboral ou do trabalho.

A partir desses conceitos de meio ambiente, são traçadas ações direcionadas à infraestrutura urbana pelo Município, seja na prestação de serviços públicos, compra e

alienação de bens, assim como na realização de obras públicas, em especial nas áreas de saneamento básico, moradia, lazer, espaço urbano e mobilidade urbana, na qual se inclui transporte e rodovias. Muitas dessas políticas urbanas são realizadas mediante contratações públicas, nas quais a Administração celebra contrato com terceiro para a satisfação da necessidade administrativa e, direta ou indiretamente, o interesse público. Nesses casos, o procedimento licitatório ganha relevância, notadamente diante da necessidade de garantir impessoalidade e isonomia na contratação pública[5], bem como promover políticas urbanas em prol do meio ambiente, como já destacado ao longo deste estudo.

Sendo assim, é importante ressaltar que, como todo processo licitatório tradicional, as licitações sustentáveis se iniciam pela requisição do objeto da contratação à autoridade competente, ocasião na qual este deverá ser definido de forma clara e sucinta, assim como deve ser demonstrada a justificativa da requisição e estimativa orçamentária. Assim, cabe à Administração caracterizar o objeto e justificar a necessidade administrativa que busca satisfazer por meio do procedimento.

Assim, o processo licitatório deve discriminar a razão pela qual a Administração quer contratar e qual resultado espera auferir por intermédio dele, especialmente no ato convocatório, para garantir publicidade e controle externo, dever esse que é decorrência lógica do princípio da motivação dos atos administrativos – já que o administrador gerencia bens e interesses coletivos.

A partir disso, delimitada a necessidade administrativa que o certame visa a atender, ela será devidamente caracterizada no instrumento convocatório por meio da descrição do objeto da contratação. Nesse momento deverão ser considerados condicionantes ambientais que possam influenciar ou serem influenciados pela consecução do objeto da contratação, já que é dever do Estado a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a qual foi elevada à categoria de finalidade fundamental de toda licitação, equiparada à observância dos princípios da isonomia e vantajosidade durante o procedimento (arts. 225, *caput*, CF, e 3º, *caput*, Lei 8.666/93, ora estudados).

Portanto, não há que se falar em satisfação da necessidade administrativa por meio da contratação pública, se durante a confecção do ato convocatório para a realização de ações relacionadas à política urbana municipal não se considerarem possíveis impactos ambientais na utilização de materiais, no seu descarte, ou, ainda, as repercussões nas populações

[5] As contratações públicas devem atender aos princípios da impessoalidade e isonomia, significando que a Administração deverá observar critérios objetivos durante a escolha do terceiro com quem contratar e não deve adotar favoritismos por motivos de caráter pessoal (arts. 37, *caput*, XXI, da CF; e 3º, *caput*, da Lei 8.666/93).

subjacentes. Esses fatores, portanto, deverão ser observados na formulação do ato convocatório, especialmente do projeto básico ou termo de referência, com vistas à redução de potenciais impactos econômicos, sociais e ambientais na realização de políticas urbanas, bem como favorecer a procura por alternativas mais sustentáveis, sem a imposição de demasiado ônus à Administração nem ao contratado.

Desse modo, é possível notar a íntima relação entre a satisfação da necessidade administrativa e a estipulação de critérios voltados à sustentabilidade na descrição do objeto da licitação. Nesse sentido, a seleção da proposta mais vantajosa à Administração, além de atender ao tipo licitatório escolhido como parâmetro de julgamento das propostas, será aquela que, também, adequar-se ao objeto pretendido.

Como exemplificação, em uma licitação do tipo "menor preço" que tenha por objeto obra de engenharia para a construção de um sistema de abastecimento de água, o instrumento convocatório especificará as características do objeto a serem obedecidas nas propostas dos licitantes, como a utilização de técnicas e materiais que resultem em menos impacto ao ambiente e às populações direta e indiretamente afetadas. Nessa hipótese, a Administração Pública, ainda que vinculada ao critério "menor preço", não está obrigada a declarar vencedora a proposta que, a despeito de atender ao referido tipo licitatório não obedeça às especificações do objeto descritas no ato convocatório. Portanto, a proposta mais vantajosa nem sempre será a de menor valor, mas aquela que, concomitantemente, satisfaça a necessidade administrativa mediata e imediata, segundo critérios justificadamente inseridos no ato convocatório.

Ainda em relação ao objeto da contratação, ilustrativamente, destaca-se a disposição do artigo 7º, XI, alíneas "a" e "b", da Lei 12.305/10, a qual afirma que é objetivo da Política Nacional de Resíduos Sólidos a "prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis". Como exemplos da aplicação prática dessas prescrições, tem-se a reutilização de bens e compra de produtos biodegradáveis na Administração Pública, o que reduzirá o montante de resíduos a serem descartados e o uso de recursos públicos, assim como a implementação de políticas de reutilização de água.

Outra política urbana sustentável por meio de contratação pública é a aquisição de equipamentos de qualidade para o sistema de abastecimento de água, de modo a reduzir perdas e desperdícios. Ainda que esta última hipótese demande gastos mais vultosos, os

benefícios sociais, ambientais e econômicos da medida compensarão essa escolha discricionária do Administrador.

Há de se considerar, portanto, que a própria descrição do objeto da licitação deve observar os requisitos de "funcionalidade e adequação ao interesse público", assim como o "impacto ambiental" durante a criação do projeto básico (art. 12, II e VII, da Lei 8.666/93), momento no qual são emitidos pareceres e relatórios sobre a viabilidade técnica do projeto e possíveis soluções a potenciais impactos ambientais. Além disso, é durante essa fase de planejamento que a Administração estabelece os parâmetros ao exercício da "função regulatória da Administração", no qual busca, também, realizar objetivos mediatos (indiretos) à consecução do objeto da contratação, ao acrescer finalidades públicas que resultem no desenvolvimento nacional sustentável e no fomento de ações socioambientais inovadoras no setores público e privado. E é nesse campo de atuação que se constroem as licitações e contratações sustentáveis nos moldes do que foi demonstrado (FERREIRA, 2012; OLIVEIRA, 2015; MORAES FILHO, 2018).

Outro ponto a se destacar sobre a sustentabilidade nas licitações públicas é que parte da doutrina defende a estipulação de critérios socioambientais como requisito de habilitação[6], o que não tem amparo na Lei 8.666/93, já que os documentos exigidos devem se limitar ao que dispõe a referida legislação, salvo previsão em lei especial, conforme já ponderou o Tribunal de Contas da União, o qual considerou que essa prática, sem estipulação legal, fere o caráter competitivo próprio das licitações (Acórdão 1375/2015, Plenário; BRASIL, 2010).

No entanto, apesar dessa proibição, é permitida a solicitação de atestado que comprove qualificação técnica para a realização de obras ou serviços objetos da licitação e de comprovação de experiência prévia em ações semelhantes, com fulcro no artigo 30, II, da Lei 8.666/93. Ademais, também se exige que o objeto social da pessoa jurídica contratada tenha relação com o objeto da contratação, o que se insere na perspectiva de proteção ao interesse público (BRASIL, 2010). Uma alternativa viável, nesse passo, seria a aprovação do Projeto de Lei n° 366/2008[7], do Senado Federal, que propõe elencar a certificação por boas práticas ambientais como critério de desempate nas licitações.

[6] Conjunto de requisitos legais para aferição da aptidão do licitante para participar do certame. Pode ser anterior ou posterior à abertura do envelope com a proposta, a depender da legislação que incidir sobre o procedimento.
[7] O projeto de lei, de autoria do senador Expedito Júnior (PR/RO), "Altera o § 3º do art. 2º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, para incluir a certificação da empresa por boas práticas ambientais entre os critérios de desempate nas licitações" está desde 18/03/2015 na Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, aguardando designação do relator. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87651>. Acesso em: 30 out. 2018.

Por fim, considerando esse breve panorama sobre as licitações sustentáveis como práticas indispensáveis à Administração Pública, em especial na política urbana municipal, conclui-se que há suficientes fundamentos jurídicos que embasam a obrigatoriedade da adoção de ações socioambientais pelo setor público e privado. Basta, portanto, a delimitação de possibilidades e limites que indiquem a forma pela qual essas licitações sustentáveis deverão ser implementadas.

Esse papel tem sido realizado pelos Tribunais de Contas, que auxiliam a fiscalização dessas contratações e criam modelos de atuação administrativa que não prejudiquem desmedidamente a competitividade, isonomia e vantajosidade almejadas, notadamente quando a adoção de práticas ambientais resulte em maiores gastos pela Administração Pública e na restrição ao montante de licitantes com os quais contratar. Nesse cenário, a adoção de minutas de edital e contrato padrões e a criação de normativas na própria Administração Pública para nortear e incentivar as licitações sustentáveis, bem como a devida fiscalização pelos órgãos de controle e pela sociedade são boas alternativas de promoção da sustentabilidade no ambiente urbano.

5. CONCLUSÃO

A sustentabilidade, como demonstrado ao longo deste estudo, atualmente é elemento indispensável à criação de políticas públicas municipais voltadas à transformação do espaço urbano e à promoção de direitos fundamentais. A Administração Pública, portanto, vinculada a disposições constitucionais e legislativas que apontam para a necessidade da proteção do meio ambiente, não pode se omitir de adotar práticas sustentáveis nem de fomentar inovações socioambientais no setor privado.

Nesse sentido, sua atuação na prestação de serviços públicos e na implementação de políticas urbanas não deve desconsiderar a limitação de recursos naturais na Terra e os impactos sociais e ambientais de suas ações e de terceiros. Por isso, quando age diretamente ou mediante contratações públicas deve considerar esses fatores ligados à sustentabilidade, no tripé social, econômico e ambiental, seja nas próprias funções administrativas para manter a máquina pública funcionando ou durante a formulação e execução das políticas públicas, tendo a coletividade, nessa seara, o importante papel fiscalizatório.

Nesse momento, as licitações públicas ganham relevo e a adoção de especificações ambientais durante o procedimento, em especial mediante a descrição do objeto da contratação, se demonstra indissociável da satisfação da necessidade administrativa imediata e mediata, sendo aquelas, respectivamente, relacionadas à consecução do fim direto

pretendido da licitação e ao impacto e interesse coletivo indireto de certa contratação. Ambas são imprescindíveis ao processo licitatório e, portanto, pressupõem o equilíbrio das três finalidades da licitação: a perseguição da isonomia, da vantajosidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Finalmente, retomando à cooperatividade na divisão constitucional de competências entre os entes federativos, muitas das ações mencionadas, nitidamente relacionadas à política urbana, ainda que de titularidade dos municípios brasileiros, não excluem a obrigatoriedade de adoção de ações subsidiárias e auxílio técnico e financeiro por parte da União e dos Estados-membros em favor do Município, já que a maioria dos municípios brasileiros não tem capacidade para se autogerenciar de modo completamente independente e é dever comum a todos os entes da federação a tutela da coletividade e do meio ambiente. Resta, portanto, que as necessárias ações em prol do desenvolvimento sustentável se concretizem, tenho a sociedade papel fundamental em exigir que se cumpram os ditames legais ora estudados.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. Ed. Brasília: TCU: Senado Federal, 2010.

FERREIRA, Daniel; MACIEL FILHO, Fernando P. S. A funcionalização das licitações e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. 2012. *In*: **Publica Direito**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cbed40c0d920b94>. Acesso em: 21 jul. 2018.

FIORILLO, Celso A.P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso A. P; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da cidade comentado: lei n. 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES FILHO, Marco A.P. Licitações sustentáveis: os parâmetros do desenvolvimento nacional e o controle das compras públicas verdes. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Acesso em: 20 set. 2018.

OLIVEIRA, Rafael C. R. **Licitações e contratos administrativos**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

A ausência do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e sua presença na Jurisprudência *Supreme Court*

Yara Maria Pereira Gurgel[1]

Sumário: 1. Introdução 2. Ausência expressa do princípio da dignidade da pessoa humana na norma constitucional americana 2.1 Caso Roe v. Wade 2.2 Caso Lawrence v. Texas 2.3 Caso Furman v. Georgia

1. Introdução

Nos Estados Unidos da América, país de cuja Constituição remonta ao Século XVIII e que sofreu diversas emendas ao longo dos anos[2]; não faz referência expressa à *dignidade humana* enquanto fundamento dos seus direitos.

Apesar da ausência em norma constitucional, destacada jurisprudência advinda dos juízes da Suprema Corte, desde muito cedo, adotou o valor da dignidade humana como base do direito à vida, às liberdades[3] (inclusive de expressão),[4] ao devido processo legal, à igualdade e à privacidade.

---

[1] Pós Doutoranda em Direito e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal, Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP/Brasil, Professora dos cursos de graduação e pós graduação da UFRN/Brasil, Advogada

[2] *Amendment I (1791): Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and petition the Government for a redress of grievances.* In: www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments. Acessado em 15/08/2018.

[3] *Chisholm c. Georgia, 2 US 419, 455 (1793); Brown v. Walter, 161 US 591 (1896); Glasser v. United States, 315 US 60 (1942); Skinner v. Oklahoma, 316 US 535 (1942).* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pag. 193. Apesar de sua extensa adoção pela Suprema Corte Americana, Yolanda Gómez Lugo entende que a não inclusão formal da dignidade humana no texto constitucional dificulta o seu alcance dentro do sistema jurídico americano. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 81.

[4] Caso *Cohen v. California* 403 U.S. 15, 24 (1971)*;* no caso *Herbert v. Lando,* a Suprema Corte Americana adota a liberdade de expressão como direito intrínseco à dignidade da pessoa humana. Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 91.

A ausência do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e sua presença na Jurisprudência Supreme Court

A Dignidade humana aflora na jurisprudência da Suprema Corte Americana sem o perfil de direito fundamental autônomo (até porque não se expressa textualmente neste sentido), mas sempre como um valor constitucional e princípio estruturante implícito dos direitos fundamentais. Em verdade, apresenta-se como elemento essencial à interpretação destes direitos. Exemplo disso é o seu papel interpretativo no que tange a igualdade de tratamento perante a lei [Emenda XIV/1868)], quanto se discute o acesso a estabelecimentos públicos de ensino[5]. A relação entre dignidade e igualdade se dá quando, injustificadamente, há trato desigual e discriminatório, causando consequente negação à dignidade considerado como efeito humilhante ou degradante (*demeaning effect)* e a privação à dignidade pessoal (*personal dignity)*[6].

2. Ausência expressa do princípio da dignidade da pessoa humana na norma constitucional americana

Desde a década de quarenta, a dignidade da pessoa humana é fonte condutora às decisões da Suprema Corte (especialmente dos *Justices Murphy*[78]*, Brennan* e *Kennedy*[9]*)* aos *hard*

[5] Caso *Brown v. Board of Education,* 347 U.S. 483, 495 (1954). Tratou acerca da política de segregação racial, em que os alunos de pele escura eram proibidos de assistirem aulas nas escolas, juntos aos alunos de cor branca. Esta decisão contrariou a doutrina *equal but separate,* criada por uma lei do Estado de Louisiana, em que aos negros não era permitido viajar nos vagões com pessoas de cor branca. Neste mesmo sentido decidiu o referido Tribunal, ao caso *Heart of Atlanta Motel v. United States,* 379, U.S. 241 (1964), em que o proprietário do estabelecimento justificava seu ato discriminatório contra pessoas negras, em seu estabelecimento, em razão do seu direito de propriedade (V Emenda). Yolanda Gómez Lugo . La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 105-7.

[6] Yolanda Gómez Lugo . La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 105-6.

[7] *Steele v. Louisville & Nashville Railroad Co. et al., 323 US 192 (1944).* Justice Murphy escreve: *the utter for the dignity and well-being of colored citizens shown by this record is so pronounced as to demand the invocation of constitutional condemnation.* O segundo caso emblemático – *Korematsu v. United States, 323 US 214 (1944)* - analisa a constitucionalidade da discriminação contra cidadãos americanos descentes de japoneses. Enquanto voto minoritário, o magistrado Murphy entende: *To give constitutional sanction to that infrence in this case, however well-intentioned may have been the military command on the Pacific Coast, is to adopto ne of the cruelest of the rationales used by our enemies to destroy the dignity of the individual and to encorage and open the door to discriminatory actions against other minority groups in the passions of tomorrow.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pag. 194-5.

[8] Yolanda Gómez Lugo atribui ao Juiz Murphy o protagonismo ao impulso e extensão do uso da dignidade da pessoa humana a jurisprudência norte-americana. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 85.

[9] Em seu voto no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 US 833;* ao analisar a possibilidade de aborto, o magistrado faz referência à autonomia individual, como direito decorrente da liberdade protegida pela Emenda XIV, cujo valor fundamental é a dignidade da pessoa humana. *In textus: These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and*

cases americanosenvolvendo, sobretudo, a interpretação da Constituição e de suas Emendas. A partir daí, a dignidade da pessoa humana tem sido adotada como valor e princípio constitucional fundamental, em plena conexão com os direitos constitucionais (especialmente as liberdades individuais) inseridos na Constituição Americana, incluindo-se as suas emendas.

Prova disso é a proteção à integridade e intimidade pessoal, adotada pela IV Emenda à Constituição Americana, fundamentada por meio do valor constitucional da dignidade da pessoa humana tem se mostrado como cláusula limitativa às intervenções não autorizadas pelo Estado Americano.

A conclusão é inferida ao se examinar o caso *Schmerber v. Califórnia*[10]*, o qual*a Suprema Corte Americana proibiu a obtenção de forma coercitiva de mostra de sangue para utilização em procedimento penal, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana ao direito a intimidade pessoal e ao devido processo legal (assegurado pela XIV Emenda a Constituição Americana[11]) contra as intervenções não autorizadas pelo Estado ou realizadas de forma inadequada e arbitrária[12].

Afora os direitos de liberdade, o valor da dignidade humana tem se mostrado mais presente na jurisprudência americana quando se discutem os direitos derivados do *Due Process Clause*. A XIV Emenda estabelece as garantias processuais, como a exigência do devido processo, mas o efeito mais impactante da dignidade da pessoa humana no campo processual americano diz respeito à proteção do indivíduo contra as privações arbitrárias[13]. Isso se justifica porque o desrespeito às garantias processuais mitiga os direitos de liberdade, a proteção aos direitos de personalidade e a autonomia individual[14].

---

autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 200-1.

[10] *Scmember v. Califórnia* 384 U.S. 757, 767 y 770 (1966). Caso em que, depois de invadir o domicílio de suposto traficante, a polícia conduz o mesmo a um centro hospitalar, onde é extraído, coercitivamente, cápsulas de morfina que são utilizadas como elemento probatório.

[11] *Amendment XIV (1868): Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which abridge the privileges or immunites of citzens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.* Disponível em: http: //www.senate.gov/civies/constitution_item/constitution.htm#amendments Acessado em 15/08/2018.

[12] Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 93.

[13] Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 96.

[14] Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 96.

2.1 Caso *Roe v. Wade*

Em 1973, perante o caso *Roe v. Wade*[15] - considerado um dos casos de maior destaque em razão do seu impacto social, político e jurídico[16] - a Suprema Corte Americana reconheceu o direito de privacidade (autonomia individual) na esfera de decisão reservada à mulher para interromper a gravidez, muito embora este não seja um direito absoluto. A Suprema Corte norte-americana conferiu ganho de causa à Roe e assegurou-lhe o direito de decidir sobre o abortoà luz do do direito constitucional de privacidade. Também determinou que o Estado regulamentasse os procedimentos necessários à realização do aborto, como forma de proteção à saúde da gestante[17].

Registra-se que as hipóteses legais vigentes no direito norte-americano para o rompimento a gravidez se deram, não via discussão na seara políticas (parlamento) ou em razão de clamor social. A legislação foi imposta por decisão advinda da Suprema Corte, especificamente dos dos debates relativos ao caso *Roe contra Wade* .

Vale ressaltar que, em 1973, o referido Tribunal estadunidense declarou a inconstitucionalidade da legislação do Estado do Texas que criminalizava o aborto, salvo na hipótese de risco de vida materna. Ademais, permitiu que os Estados americanos legislassem sobre a interrupção da gravidez para proteger o feto, desde que a mulher tivesse essa possibilidade assegurada durante os dois primeiros trimestres de gravidez e antes sétimo mês de gravidez[18].

Com isso, houve mudança em quase todas as leis dos estados norte-americanos, permitindo-se à mulher, a partir de então, e conforme sua vontade, a realização do aborto

---

[15] *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 154 (1973)

[16] Mais conhecido pelos americanos e mundialmente do que o primeiro caso decidido pelo Supremo Tribunal norte-americano; em 1803, o caso *Marbury contra Madison*, em que o Tribunal decidiu, pela primeira vez, que tinha o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Afora este, os casos *Dred Scott contra Sandford*, em 1857, que ajudou a deflagrar a Guerra civil Americana; e o caso *Board of Education,* de 1954, em que o respective Tribunal declarou a segregação racial e ajudou a dar início aos movimentos sociais em favor dos direitos civis. Ronald Dworkin. In: *Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo/Brasil: Ed. Martins Fontes, 2003. P. 141-2.

[17] Michael G. Trachtman. *In: The Supremes' Greatest Hits. The 44 Supreme Court case that most directly affect your life.* 2nd revised & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 104-5.

[18] Ronald Dworkin. *Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo/Brasil: Ed. Martins Fontes, 2003. P. 6-8.

até o momento em que o feto seja considerado "viável" para a vida autônoma, independente do corpo feminino[19].

Dentre os aspectos extraídos da decisão proferida pela Suprema Corte, no caso *Roe v. Wade* há dois aspectos relevantes:

(i) A Corte se recusou a declarar que, de acordo com a Constituição Americana, uma criança ainda não nascida (feto) é considerada "pessoa" e com direitos e garantias constitucionais[20].

Ficou evidente a posição que a Corte Superior norte-americana tem quanto ao início da vida – a partir do nascimento – para, somente a partir daí, tornar-se, de fato, sujeito de direito.

(ii) A Corte tomou como principal fundamento o direito à privacidade. Logo, eis o marco para conferir o direito à liberdade feminina de decidir acerca de manter ou encerrar a gravidez[21].

Nesta hipótese, para o direito americano, o direito à privacidade tem características de *mother-right* (direito de maior peso e que através dele advém outros direitos), enquanto que o direito à liberdade de decisão quanto à manutenção ou não da gravidez adquire roupagem de *daugher-right* (direito derivado de outro de maior peso).

Em 1992, no mesmo sentido, no caso *Planned Parenthood of Southeastern v. Casey*[22], a Suprema Corte reafirmou a posição adotada no caso *Roe v. Wade* e reconheceu que o direito feminino ao aborto deriva do direito à liberdade, da privacidade, da autonomia individual e do valor da dignidade, bem como de um direito advindo da *vertente substantiva* do devido processo legal assegurado pela XIV Emenda[23].

---

[19] Ronald Dworkin. *Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais.* Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo/Brasil: Ed. Martins Fontes, 2003. P. 6-8.

[20] Michael G. Trachtman. In: *The Supremes' Greatest Hits.* 2nd revided & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 105.

[21] Michael G. Trachtman. In: *The Supremes' Greatest Hits.* 2nd revided & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 105.

[22] *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey,* 505 U.S. 833, 846 (1992)

[23] Pronunciamento do Juiz O'Connor na defesa da autonomia pessoal para decidir acerca da manutenção da gravidez, enquanto desdobramento da dignidade humana: *These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Forthteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Feliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State.* Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag.99.

Esta decisão mostra que a Corte Suprema manteve o precedente quanto à possibilidade de interrupção de gravidez, enquanto direito feminino derivado da liberdade, respeito à dignidade da vida humana privacidade e autonomia individual.[24]

Em 2016, no caso *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*[25], a Suprema Corte Americana decidiu, por 5 votos contra 3, que o Estado do Texas não pode criar leis com o intuito de restringir o direito feminino ao aborto via a criação de regras ou obstáculos impostas às clínicas e aos hospitais que realizassem o procedimento[26]. Além disso, nas hipóteses de legitimidade de aborto, qualquer médico tem privilégios nas instalações hospitalares e ambulatoriais[27].

Isso mostra a importância jurídica que a Suprema Corte Americana oferece aos direitos de liberdade e autonomia individual, de cujo valor supremo constitucional é creditada à dignidade.

2.2 Caso *Lawrence v. Texas*

No caso *Lawrence v. Texas*[28], em que se discute limites as relações sexuais consensuais, a Suprema Corte reconheceu a dignidade atrelada ao direito de liberdade adotada pela XIV Emenda, assim como declarou a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado do Texas/USA criminalizadora de determinadas condutas consentidas e derivadas das liberdades sexuais[29]. Com isso, a Corte estadunidense ratificou o respeito às liberdades e reconheceu oslimites ao Estado quanto à intromissão quanto à autonomia individual.

Neste sentido, a Suprema Corte Americana recorreu à dignidade humana no caso *Rochin v. California*[30], para anular decisão baseada em provas obtidas sem respeitar a proteção à intimidade pessoal garantida pela IV Emenda[31].

---

[24] *Sternberg v. Carhart,* 530 U.S. 914, 920 (2000); *Gonzales v. Carhart,* 550 U.S. 124, 157 (2007).
[25] *Whole Woman's Health v. Hellerstedt,* 579 U.S. (2016).
[26] Michael G. Trachtman. In: *The Supremes' Greatest Hits.* 2nd revided & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 105-7.
[27] Michael G. Trachtman. In: *The Supremes' Greatest Hits.* 2nd revided & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 105-7.
[28] *Lawrence v. Texas,* 539 U.S. 558, 567 (2003)
[29] Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 101-3.
[30] *Rochin v. California 342* U.S. 165, 174 (1952).
[31] Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 93.

Sob este olhar, a dignidade da pessoa humana aparece na jurisprudência americana enquanto valor constitucional sobretudo quando se discute os direitos individuais como o da liberdade, propriedade e devido processo legal, à luz da V Emenda à Constituição[32].

2.3 Caso *Furman v. Georgia*

Destaca-se na jurisprudência americana o entendimento do magistrado Brennan quanto à interpretação da Emenda XVIII e a impossibilidade de uso de penas cruéis, por consubstanciar em violação a dignidade da pessoa humana[33].

Ao se posicionar contra a tortura e a pena de morte, no caso *Furman v. Georgia*[34], o magistrado da Suprema Corte Americana William Brennam afirmou que esses tratamentos retiram do homem a condição de humanos e equiparam-no a brinquedos a serem descartados. Com o precedente, o Tribunal americano invalidou a maioria das leis estaduais permissivas dapena capital para o delito de abusos sexuais de menores ea proibição de penas cruéis ou desumanas[35].

Sob tal perspectiva, pronunciou-se a violação do valor da dignidade da pessoa humana a hipótes de execução de menores de dezesseis anos (*Roper v. Simmons*. 543 U.S. 551, 2005) e a execução de deficientes mentais (*Atkins v. Virgínia.* 536 U.S. 304, 2002)[36].

---

[32] U.S. Constitution Amendment 5 – Trial and Punishment, Compensation for Taking (Ratified 15/12/1791): *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* http://www.usconstitution.net/xconst_Am5.htm Acessado em 06/03/2018.

[33] Caso *Furman v. Georgia, 408 US 238, 270 (1972).* Justice Brennan escreveu:
At bottom, then, the Cruel and Unusual Punishment clause prohibits the infliction of uncivilized and inhuman punishments. The state, even as its punishes, must treat its members with respect for their intrinsic worth as human beings. A punishment is "cruel and unusual", therefore, if it does not comport with human dignity.
No caso *Gregg v. Georgia, 428 US 153 (1976),* o mesmo membro da Suprema Corte Americana confirma seu entendimento sobre proibição de penas cruéis por consubstanciar em degradação à dignidade humana. *In textus: [F]oremost among the "moral concepts" recognized in our case and inherent in the clause is the primary moral principle that the state even as it punishes must treat its citizens in a manner consistent with their intrinsic worth as human beings – a punishment must not be so severe as to be degrading to human dignity. A judicial determination whether the punishment of death comports with human dignity is therefore not only permitted but compelled by the clause.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 200-1.

[34] *Furman v. Georgia* 408 U.S. 238, 240 (1972)

[35] In: www.caselaw.findlaw.com/us-supreme-courst 26/01/2018; Yolanda Gómez Lugo. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 112-3.

[36] Luis Roberto Barroso. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Contribuição para a Densificação do seu Conteúdo. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.* Vol. III. Direito e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Correia, Fernando Alves; Machado, Jonatas E. M. ; Loureiro, João Carlos (Org.). Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2012. Pág.129.

Enquanto a Constituição Federal e suas emendas não fazem referência expressa à dignidade (enquanto valor, fundamento, princípio), três Constituições Estaduais Americanas - Montana (1972)[37], Illinois (1971)[38] e Louisiana (1974)[39] - além do território de Porto Rico (1952)[40], trazem a dignidade textualizada como inviolável, simbioticamente ligada à proteção à igualdade, à não discriminação e à efetividade dos direitos civis.

3. Conclusão:

Pode-se afirmar que, para o sistema jurídico americano, o direito constitucional à liberdade se reveste como direito condutor e norma com característica de generalidade (*mother-right)* enquanto que o direito a privacidade seria específico (*daugher-right)* derivado da liberdade. O fato é que ambos direitos têm seu desdobramento por meio do valor da dignidade da pessoa humana[41].

Reconhecidamente, muito embora a dignidade humana não esteja presente na Constituição Federal americana, a Suprema Corte tem reconhecido a dignidade enquanto valor constitucional e adotado, ab inito sob o viés de um direito a ter iguais direitos, e, a partir daí, o seu valor e proteção contra interferências do Estado.

O exame das decisões supra revelam a relevância conferida pela Suprema Corte Norte-Americana aos direitos de liberdade, bem como ao devido processo legal, bem como

[37] Art. II, Par. 4º: *The dignity of the human being is inviolable, No person shall be denied the equal protection of the laws. Neither the state nor any person, firm, corporation, or institution shall discriminate against any person in the exercice of his civil or political rights on account of race, color, sex, culture, social origino r condition, or political or religious idea.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 190-2.

[38] Art. 1 (20): *Individual Dignity: To promote individual dignity, communications that portray criminality, depravity or lack of virtue in, or that incite violence, hatred, abuse or hostility toward, a person or group of persons by reason of or by reference to religious, racial, ethnic, national or religional affiliation are condemned.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 190-2.

[39] Art I, Par. 3o: *Right to Individual Dignity No person shall be denied the equal protection of the laws. No law shall discriminate against a person because of race or religious ideas, beliefs, or affiliations. No law shall arbitrarily capriciously, or unreasonably discriminate against a person because of birth, age, sex, culture, physical condition, or political idea or affiliations. Slavery and involuntary servitude are prohibited, except in the latter case as punishment for crime.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 190-2.

[40] Art. 2, Section 1: *The dignity of the human being is inviolable. All men are equal before the law. No discrimination shall be made on account of race, color, sex, birth, social origin or condition, or political or religious ideas. Both the laws ant the system of education shall embody these principles of essential human equality.* Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 190-2.

[41] Aharon Barak. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right.* Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015. Pags 186-7.

a a dignidade humana revelada como arte integrante desses direitos sob o perfil de um princípio estruturante do catálogo de direitos fundamentais.

Bibligrafia Consultada:

Barak, Aharon. In: *Human Dignity – The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge/UK: Cambridge University Press, 2015.

Luis Roberto Barroso. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Contribuição para a Densificação do seu Conteúdo. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Direito e Interconstitucionalidade: entre Dignidade e Cosmopolitismo. Correia, Fernando Alves; Machado, Jonatas E. M. ; Loureiro, João Carlos (Org.). Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2012. Pág.129.

Dworkin, Ronald. In: *Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo/Brasil: Ed. Martins Fontes, 2003. P. 141-2.

Gómez Lugo, Yolanda. La Dignidad Humana en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Ricardo Chueca (Director). *In: Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015; pag. 81.

Trachtman. Michael G.. *In: The Supremes' Greatest Hits. The 44 Supreme Court case that most directly affect your life*. 2nd revised & updated edition. NY/USA: Sterling, 2016. P. 104-5.

Senado Americano. www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments. Acessado em 15/08/2018.

http://www.usconstitution.net/xconst_Am5.htm

http://www.caselaw.findlaw.com/us-supreme-courst Acessado em 26/01/2018

Efeitos da transmissão de empresa nas Convenções Colectivas à luz do direito comunitário e nacional

Pedro Amauri de Oliveira[1]

Sumário

1. Introdução
2. Enquadramento normativo
2. 1 Direito comunitário
2.2 Direito português
3. Conclusão
4. Bibliografia

1. Introdução

A temática da transmissão de empresa ou estabelecimento, fruto natural de um sistema capitalista, extremado pela actual lógica neoliberal, apresenta-se como juridicamente relevante em vários ramos do Direito, mas de modo particular no campo jus-laboral, no âmbito do qual pode produzir efeitos tanto a nível das suas vertentes individual ou coletiva, como também a nível do Direito Constitucional do trabalho.

Numa sociedade marcada pela instabilidade económica, torna-se cada vez mais corrente a transferência total ou parcial, de forma definitiva ou transitória, da titularidade das empresas ou estabelecimentos, a fim de responder às exigências do mercado através de políticas de reestruturação, reduzindo custos de mão-de-obra, ou políticas de concorrência para tornar o negócio mais atrativo ao público.

De referir ainda que a organização produtiva no seio de uma empresa é composta por uma panóplia de elementos, como os bens materiais: computadores, secretárias, máquinas e veículos, e incorpóreos, como as marcas, logotipos, patentes, o know-how, a clientela, os fornecedores, etc.

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais (FDUC). Doutorando em Direito Público – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Para além dos elementos acima indicados, a organização produtiva também dispõe de um elemento particular, o elemento humano, empregadores e trabalhadores. O vínculo jurídico destes últimos corporiza-se geralmente nos contratos individuais de trabalho, cujas cláusulas integrantes são, em boa parte, fixadas por instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, nomeadamente pelas convenções colectivas. Os sujeitos que compõem esta negociação são, por um lado, os representantes dos trabalhadores, e por outro, os representantes das entidades patronais.

No cenário descrito, surge de imediato a seguinte pergunta: qual o destino reservado às convenções colectivas que vigoravam à data da transmissão do estabelecimento?

No presente trabalho, iremos considerar este ponto específico no âmbito quer do Direito da União Europeia, quer das recentíssimas alterações no Direito português resultantes da lei 14/2018, de 19 de março.

2. Enquadramento normativo

2. 1 Direito Comunitário

Para uma verdadeira compreensão dos regimes jurídicos que aqui se pretenderá analisar, é pertinente recuarmos no tempo, uma vez que a resposta à questão em apreço foi desenhada pelo direito comunitário. Isto aconteceu, mais concretamente, a 14 de fevereiro de 1977, através da Directiva n.º 77/187/CEE do Conselho, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos. Este primeiro diploma conheceu alterações em 29 de junho de 1998 com a Directiva n.º 98/50/CE do Conselho, tendo ambas sido ulteriormente codificadas pela Directiva n.º 2001/23/CE, de 12 de março de 2001, o normativo ainda em vigor.

No contexto da Directiva 77/187, por vezes designada na literatura por *Directiva dos Direitos Adquiridos*[2], ressalta pela sua nuclear importância o artigo 3.º, n.º 1, regulador precisamente dos efeitos da transmissão nos contratos de trabalho: «Os direitos e obrigações do cedente emergentes de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho existentes à data da transferência, são, por este facto, transferidos para o cessionário».

[2] Veja-se, p. ex., Amandine GARDE, «Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive», *The Cambrigde Yearbook of European Legal Studies*, 5 (2002-2003), pp. 173-93; Sylvaine LAULON, «The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?, in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 145-78.

Nestes termos, a transmissão, por qualquer título, de uma unidade econômica (conjunto de meios organizados com o objectivo de prosseguir uma actividade econômica), faz-se acompanhar, de forma automática ou *ope legis*, da transferência da posição contratual para o adquirente dos respectivos contratos de trabalho, pelo que ele se subroga na esfera jurídica do transmitente.

Como justamente tem sido sublinhado na doutrina, este regime teve uma dupla ratio: por um lado visou tutelar a posição dos trabalhadores quanto à estabilidade e segurança no emprego; por outro, tutelar o transmissário quanto ao pleno funcionamento da unidade econômica adquirida [3].

Nesta dupla intencionalidade se manifesta de forma expressiva a relação de tensão, que pode ser de antagonismo, entre os interesses em jogo: a sua ponderação (e consequente solução normativa) é informada, como não poderia deixar de ser, por uma opção política em matéria de regulação económica e de tutela social dos trabalhadores. Bem vistas as coisas, subjacente à intenção do legislador comunitário quando, nos inícios dos anos 70, promoveu o conjunto de medidas de que viria a resultar a Directiva 77/187, estava, em primeiro lugar, a construção do mercado comum europeu, que reclamava, entre outros factores de «agilização» econômica, ferramentas legais que facilitassem as restruturações das empresas, um tema ao qual a internacionalização crescente da economia e, sobretudo, a progressiva eliminação das barreiras alfandegárias no quadro das Comunidades, conferia força exponencial[4]. Aliás, embora de forma «discreta», o próprio Preâmbulo da Directiva não omitia essa específica motivação, ao considerar que as diferenças existentes sobre a matéria da transferência entre os vários Estados-Membros «podem ter uma incidência directa no funcionamento do mercado comum»[5].

---

[3] Cf. F. Liberal FERNANDES, «Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário», *Questões Laborais* VI, n.º 14 (1999), p. 218. Sobre a Directiva 77/187 veja-se, ainda, o importante estudo de Júlio GOMES, «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do tribunal de justiça das comunidades europeias em matéria de transmissão do estabelecimento do direito do trabalho: o art. 37º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 11 (1996), pp. 77-194.

[4] Cf. Paul DAVIES, «Transfer of Undertakings. Part I. Preliminary Remarks», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, que na p. 134 escreve: «that programme was grounded in the initial Community project, the creation of a single market. […] The objective of the programme […] was to secure worker consent to, or at least acquiescence in, the programme of re-structuring of enterprises which the dismantling of national barriers to trade was thought likely to engender. Workers were not to be given a veto over this process».

[5] Sobre este ponto das «intenções» da legislação comunitária, com desenvolvimento, v. Fernando VALDÉS DAL-RÉ, «Transfers of Undertakings: an Experience of Clashes and Harmonies Betweeen Communit Law and National Legal Systems», in *Labour Law in the Courts, cit.,* pp. 182 ss.

Como se compreende, a mera enfatização da inteira liberdade negocial sobre as empresas, a que algumas teorias jurídicas de empresa não deixam de dar sustentação[6], poderia permitiria que, a par do que acontece com os elementos materiais e imateriais da organização produtiva, transmitente e transmissário pudessem livremente afastar os contratos de trabalho do negócio transmissivo, isto é, excluí-los do objecto negocial – o que poderia implicar a promoção de despedimentos, sob pretexto da «flexibilização», com elevados danos para a protecção social dos trabalhadores. Para limitar esse risco, a Directiva flanqueou o artigo 3.º, n.º 1, que impõe, como se disse, a transmissão automática dos contratos de trabalho, com a restrição da doutrina do *employment at will*, proibindo assim os despedimentos determinados, apenas, pela transmissão da empresa.[7]

É nesta linha tensional (e de compromisso) entre *employment protection* e *employment flexibility* que se deve perspectivar não apenas o texto originário da Directiva e sucessivas emendas, mas ainda a abundante Jurisprudência do Tribunal de Justiça em torno da sua aplicação nos contextos domésticos[8].

Ora se isto é visível no plano das relações individuais de trabalho, o domínio colectivo não é imune à referida tensão. Aliás, como bem acentua Júlio Gomes, a «relação individual e a relação colectiva interpenetram[-se] e complementam[-se]»[9]. E também neste concreto domínio, a Directiva introduziu um quadro normativo, impondo, por um lado, aos Estados-Membros a consagração nas legislações nacionais de um dever prévio para o transmitente e o transmissário, de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores (art. 6º n.º1); e, por outro, procurando salvaguardar a negociação colectiva ao prever que «após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data de rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva» (art. 3.º, n.º 2, primeiro paragrafo), acrescentando-se, no segundo

---

[6] Tenha-se em vista, entre outras, posições perfilhadas pelas teorias patrimonial e contratual, que, como sublinha Coutinho de Abreu, se ligam «com os institutos da propriedade e do contrato de trabalho, permitindo aquele o domínio sobre os bens componentes da empresa e este a autoridade da entidade patronal sobre os trabalhadores — sem significativa atenção pela colectividade humana da empresa, portanto». J. M. Coutinho de ABREU, *Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho*, Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, Coimbra, 1982, p. 51.

[7] Nos termos do artigo 4º, n.º 1, «a transferência de uma empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento não constitui em si mesma fundamento de despedimento por parte do cedente ou do cessionário». Note-se, porém, que a lei ressalva: «Esta disposição não constitui obstáculo aos despedimentos efectuados por razões económicas, técnica ou de organização que impliquem mudanças no plano do emprego».

[8] Antonio Lo FARO, «Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-community Institutional Dialogues: How to Define a "Legal Transfer"?» in *Labour Law in the Courts, cit*., p. 215.

[9] Júlio GOMES, Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho» , in *Novos Estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 99.

parágrafo, que «os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano»[10].

As diversas normas destas três sucessivas Directivas têm a natureza de ordem pública e foram transpostas pelos diversos Estados-Membros para as suas legislações internas.

2. 2 Direito português

Em primeiro lugar, é pertinente evocar que a convenção colectiva de trabalho traduz-se no produto final da negociação colectiva, *rectius*, da auto-regulação de interesses dos sujeitos laborais colectivos, e vem enunciada nos arts. 56º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa e 2º, n.º 3, do actual Código do Trabalho, os quais, por sua vez, reconhecem o caráter normativo deste instrumento enquanto fonte jurídica específica, impondo-se, como tal, aos contratos individuais de trabalho[11].

A leitura do texto constante da norma ordinária permite-nos inferir que as convenções são acordos celebrados entre um empregador ou uma associação de empregadores e uma ou mais associações sindicais, em representação dos seus membros, cujo objetivo é o de regular as situações jurídico-laborais individuais e colectivas numa determinada profissão ou sector de actividade e numa certa área geográfica ou dentro de uma empresa.

No que se reporta ao plano da eficácia pessoal, rege nesta matéria o princípio da filiação, também conhecido como princípio da dupla filiação, consignado no artigo 496º do CT: «a convenção colectiva é aplicável aos trabalhadores membros da associação sindical outorgante e ao empregador ou empregadores membros da associação patronal outorgante» (n.º 1); e, tendo sido outorgada por uma união, federação ou confederação sindical ou patronal, «a convenção é aplicável aos trabalhadores e empregadores filiados nas associações sindicais e patronais membros da união, federação ou confederação que a celebre» (n.º 2).

Como se intui, a norma é corolário do instituto civil da representação (artigo 258º do CC), uma vez que a negociação colectiva entre uma associação sindical e patronal tem como destinatários os seus membros (trabalhadores e empregadores) devidamente representados.

Contudo, e em termos práticos, acaba por conduzir a situações peculiares, pois as convenções vêm a aplicar-se para além do estrito universo dos trabalhadores e empregadores representados, como tem sido reiteradamente evidenciado na doutrina laboralista.

[10] Com a Directiva 2001/23, de 12 de março, houve um ligeiro arranjo formal no preceito, tendo o anterior n.º 2 passado para n.º 3.

[11] Veja-se, sobre o ponto, entre outros, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa,* pp. 747-8; J. Leal AMADO, *Contrato de Trabalho*, p. 41.

Nas palavras de Maria Rosário Palma Ramalho, estamos perante desvios e extensões que «obrigam a reconhecer a eficácia externa deste instrumento de regulamentação colectiva, reforçando assim a sua singularidade estrutural» [12]. A este propósito, Monteiro Fernandes refere antes tratar-se de «flutuações e consequências disfuncionais» capazes de suscitar os mais variados problemas jurídicos. O autor salienta que «estes problemas não são ignorados pelo legislador, embora as soluções encontradas nem sempre permitam debelar as dificuldades inevitáveis que derivam do princípio da filiação»[13] .

Como resulta do exposto, o artigo 498º do CT constitui precisamente uma das hipóteses de extensão do princípio da filiação, nomeadamente quando se verifique o fenómeno de transmissão da unidade económica. Com efeito, escopo desta norma foi o de estender para o domínio da contratação colectiva a proteção dos direitos dos trabalhadores conferida quanto à manutenção dos seus contratos de trabalho afetados pela transmissão da empresa onde prestam a sua actividade, conforme consagra o regime geral da transmissão previsto no artigo 285º e seguintes do CT, que transpôs para a ordem interna a Directiva comunitária. Citando de novo Palma Ramalho, «o regime agora em apreço é a projecção desta regra geral no plano das situações laborais colectivas, com referência ao regime convencional colectivo vigente na empresa ou no estabelecimento transmitidos»[14].

Assim decorre do texto inscrito no artigo 498º, ao determinar que a convenção que vincula o transmitente é aplicável ao transmissário quer nos casos de transmissão quer, ainda, e em sintonia com a concepção ampla de transmissão[15] adoptada no artigo 285º, nos casos

---

[12] M. R. Palma RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho: Parte III – situações laborais colectivas,* p. 293.

[13] A. Monteiro FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 731.

[14] M. R. Palma RAMALHO, *Tratado*, III, p. 293.

[15] Recorde-se que já no contexto da LICT, suscitaram-se problemas no tocante a interpretação do seu art. 9º, cuja redação inicial dispunha que «em caso de cessão, total ou parcial, de uma empresa ou estabelecimento, a entidade patronal cessionária ficará obrigada a observar, até ao termo do respectivo prazo de vigência, o instrumento de regulamentação colectiva que vincula a entidade patronal cedente». Para Liberal Fernandes, o âmbito de aplicação desta norma não era ilimitado, mas deveria aplicar-se nos casos em que o IRCT estivesse sujeito a um prazo de vigência, e caso não tivesse, aplicar-se-ia o regime geral (art. 11º). Nas palavras do autor, «diferentemente da denúncia efectuada ao abrigo do art. 9.º da LIRC - que implica a extinção da vigência do IRC no termo do respectivo prazo de vigência -, a denúncia realizada conforme o art. 11.º da LIRC não tem um efeito extintivo imediato, constituindo antes, digamos, uma proposta de revisão ou de substituição desse IRC (art. 16.º, n.º 5, da mesma lei)». V. Transferência de trabalhadores e denúncia da convenção colectiva, p. 104-5, veja-se ainda Menezes CORDEIRO, *Manual*, p. 77. Esta norma, no entanto, veio a ser alterada por força do Decreto-Lei n.º 209/92, de 2 de Outubro, nos moldes da Directiva 77/187/CEE, ou seja, impondo, por um lado, um limite temporal de adstrição ao adquirente do IRCT (sobrevigência limitada) , e por outro permitindo-lhe ser aplicável um novo instrumento, nos seguintes termos: em caso de cessão, total ou parcial, de uma empresa ou estabelecimento, a entidade empregadora cessionária ficará obrigada a observar, até ao termo do respectivo prazo de vigência, e no mínimo de 12 meses, contados da cessão, o instrumento de regulamentação colectiva que vincula a entidade empregadora cedente, salvo se tiver sido substituído por outro». Aproximando-se desta solução, o CT de 2003 consagrou no n.º 1 do seu art. 555º que «em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho

de «cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica». Na síntese de Monteiro Fernandes, o artigo 498.º «não faz mais do que explicitar o corolário natural da articulação do citado princípio com o da recepção automática das convenções colectivas nos contratos de trabalho» [16].

Deste modo, na sequência de um negócio transmissivo da unidade econômica, transferem-se *ope legis* para o adquirente os contratos individuais e colectivos de trabalho existentes à data da transmissão, não podendo tais soluções serem derrogadas pelas partes contratantes. E, assim, o transmissário poderá ficar vinculado à uma convenção colectiva que eventualmente não outorgou, uma convenção, aliás, que pode ter sido outorgada por uma associação de empregadores que nem sequer o represente[17]. Parece claro a intencionalidade primacial da norma: garantir da estabilidade dos direitos colectivos dos trabalhadores cujos contratos integram, não raro, normas derivadas das convenções colectivas[18].

Dizer isto não significa, no entanto, dar por resolvidas todas as dificuldades suscitadas pela interpretação do artigo 498.º. Pelo contrário: o ponto nevrálgico desta temática tem consistido precisamente determinar em que medida a norma confere uma maior ou menor estabilidade ao instrumento de regulamentação colectiva *ao fixar um limite temporal mínimo* em que o empregador transmissário permanecerá vinculado a este mesmo instrumento já existente. Saliente-se que o nível de estabilidade aqui em causa varia consoante a interpretação que se faça deste regime e a doutrina tem evidenciado essas dúvidas e essa variabilidade.

---

que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente até ao termo do respectivo prazo de vigência, e no mínimo durante doze meses a contar da data da transmissão, salvo se, entretanto, outro instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial passar a aplicar-se ao adquirente». Para mais desenvolvimentos deste regime no CT de 2003 Cf. Luís Gonçalves da SILVA, «Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão da empresa», p. 127 e ss.

16 A. Monteiro FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 734.

17 Verifica-se uma divergência na doutrina quanto ao conteúdo desta vinculação. Para Júlio Gomes ("Novas, novíssimas e não tão novas questões», p. 109), ela se reporta apenas à «dimensão normativa» da convenção, não se estendendo, pois, à sua «dimensão obrigacional», em que se inclui, entre outros aspectos, o relevante dever de renegociação da convenção que assim não vincularia o adquirente. Por seu turno, Gonçalves da SILVA, «Nótula», p. 131), escreve: «por um lado, a convenção vale pelo seu todo, não podendo ser reconduzida a um conjunto atomístico de cláusulas; por outro, a destrinça entre cláusulas obrigacionais e normativas não tem base legal, sendo de difícil execução; acresce que muitas cláusulas ditas obrigacionais, são essenciais para a (boa) execução da convenção, pelo que a sua amputação prejudicaria a plena observância da convenção».

18 Já foi sublinhado, no entanto, que esta intencionalidade de se manter após a transmissão a convenção que vinculava o cedente como modo de tutela dos trabalhadores pode nalguns casos não se verificar. Como escreve Júlio GOMES, «Novas, novíssimas e não tao novas», p. 105: «pense-se na eventualidade de tal convenção conter múltiplos aspectos desfavoráveis em relação à lei e ser mesmo globalmente mais desfavorável para os trabalhadores do que a que já está em vigor na empresa do transmissário em que a unidade económica transmitida vai eventualmente integrar-se».

Na versão em vigor até março de 2018, o adquirente ficava vinculado à convenção «até ao termo do respetivo prazo de vigência ou no mínimo durante 12 meses a contar da transmissão, salvo se entretanto outro instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial passar a aplicar-se ao adquirente». O entendimento a dar a este preceito, porém, não era isento de divergências na doutrina.

Com efeito, para quem defenda que a intenção primacial do legislador se prende com a garantia de uma «certa estabilidade», como é o caso de Monteiro Fernandes, «esse regime vincula este empregador por um período mínimo de doze meses, o que pode significar que seja ultrapassado o seu prazo de vigência acordado» [19]. É o que aconteceria se porventura o termo do prazo de vigência da convenção colectiva da empresa transmitida fosse 4 meses após a transmissão. Assim, o transmissário estaria vinculado a esta convenção no mínimo mais 8 meses do que estaria o transmitente caso não tivessem celebrado o negócio.

Em sentido diverso, encontramos quem sustente que a regra visa apenas assegurar uma «estabilidade mínima», como é o caso de Palma Ramalho, para quem a regra dos 12 meses é supletiva, «não prevalecendo nem quando a convenção estabeleça um outro prazo de vigência (mais curto ou mais longo), nem quando o instrumento de regulamentação colectiva de trabalho seja substituído por outra convenção no seio do adquirente da empresa ou do estabelecimento»[20]. De acordo com esta interpretação, na hipótese exemplificada, o adquirente estaria vinculado à convenção colectiva nos exatos termos do transmitente, isto é, por apenas mais 4 meses a contar da data da transmissão, ressalvada a possibilidade que lhe seria conferida de desvincular-se daquela convenção no caso dela vir a ser substituída por outra, o que poderia suceder, aliás, já no dia seguinte à data da transmissão, caindo por terra o período de vigência convencionado. Na óptica desta autora o artigo 498º «não impõe, de facto, que o novo empregador permaneça vinculado ao antigo instrumento de regulamentação colectiva de trabalho desde que, na sua empresa, haja uma outra convenção colectiva aplicável àqueles trabalhadores, que funcionará então como convenção colectiva substitutiva»[21]. Ou seja, enquanto Palma Ramalho faz claramente uma leitura global do n.º 1 deste artigo, Monteiro Fernandes parece fracioná-lo, no sentido de que a parte inicial se refere ao período mínimo de 12 meses, e já a parte final abrange os casos de sucessão das

[19] A. Monteiro FERNANDES, *Direito do Trabalho*, p. 677.

[20] M. R. Palma RAMALHO, *Tratado*, III, p. 300. No mesmo sentido, a propósito do CT de 2003, Gonçalves da Silva, «Nótula», p. 132-3). Perfilhando semelhante posição a propósito do CT de 2009, Bernardo XAVIER escreve que «o adquirente do estabelecimento fica obrigado a observar, até ao termo do respectivo prazo de vigência, a convenção colectiva que vinculava a primitiva entidade empregadora». (*Manual*, p. 742.)

[21] M. R. Palma RAMALHO, *Tratado*, III, pp. 300-1.

convenções colectivas. Em relação a esta secção final, o autor adverte, contudo, que «esta hipótese verificar-se-á somente quando a convenção "substitutiva" entrar em vigor entre o fim do prazo de vigência da anterior e o esgotamento do prazo de doze meses», sendo, portanto, a partir desse momento que «o adquirente deixa de dever observância à convenção que vinculava o transmitente, pelo simples facto de que ela deixou de vigorar. E, como parece claro, o mesmo adquirente não fica abrangido pela convenção substitutiva. Abre-se-lhe um vazio convencional-colectivo» [22].

Em relevante estudo de 2008, Júlio Gomes abordou com alguma demora o problema[23]. Começa o autor por recordar que, embora da Directiva resulte a «manutenção provisória da convenção colectiva que se vinha aplicando na unidade económica transmitida», as legislações dos diversos Estados-Membros não se mostram uniformes «quanto à questão de saber se a convenção colectiva se mantém até à entrada em vigor de uma nova convenção colectiva na empresa do transmissário ou se a sobrevigência provisória da convenção colectiva só se justifica quando não exista qualquer convenção colectiva aplicável na empresa do transmissário»[24].

Das soluções permitidas pelo quadro legal comunitário (que visava, como reiteradamente se afirma na jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma mera *harmonização parcial* das legislações nacionais), Júlio Gomes considera «mais feliz» a solução a que a lei portuguesa se acolheu, determinando apenas «a substituição da convenção aplicável à unidade económica transmitida por nova convenção […] que venha a ser aplicada na empresa do transmissário posteriormente à transmissão». Isto porque, continua o autor, permite «proporcionar uma mudança gradual de estatuto colectivo aos trabalhadores afectos à unidade económica transmitida, sobretudo porque propicia que os interesses específicos destes sejam tidos em conta aquando da negociação que precederá a entrada em vigor de uma nova convenção colectiva aplicável na empresa do transmissário»[25].

No tocante ao ponto que de momento nos preocupa, a questão do prazo de vigência da convenção, Júlio Gomes depois de explicitar que a lei portuguesa «consagra um período mínimo de "sobrevigência" de 12 meses, a contar da transmissão, do instrumento de

[22] A. Monteiro FERNANDES, *Direito do Trabalho*, pp. 733-4.

[23] J. GOMES, «Novas, novíssimas e não tão novas questões», p. 102.

[24] J. GOMES, «Novas novíssimas e não tão novas questões» p. 102, com invocação de algumas soluções no direito comparado europeu.

[25] J. GOMES, «Novas, novíssimas e não tão novas questões», pp. 103-4. O autor sublinha, de todo o modo, que a solução comporta «problemas relativamente, por exemplo, à eventual manutenção de direitos adquiridos e à desigualdade de tratamento que pode resultar da existência lado a lado de trabalhadores que já estavam originariamente na empresa do transmissário e de trabalhadores que nela entram com a transmissão».

regulamentação colectiva de trabalho que vinculava o transmitente, período mínimo que vigorará a não ser que, entretanto, passe a aplicar-se ao transmissário outro IRCT negocial», enfatiza que esta solução do direito nacional não corresponde exactamente ao previsto na Directiva comunitária, pois o que «a Directiva expressamente permite é outra coisa: depois de consagrar que, em princípio a convenção colectiva em vigor no transmitente se continua a aplicar até à entrada em vigor de um instrumento de regulamentação colectiva de trabalho no transmissário, permite-se que os Estados Membros fixem um prazo máximo de vigência que não poderá ser inferior a um ano». E a lei portuguesa? Esta «consagra […] um prazo mínimo». Da formulação legal, segundo o autor, podem decorrer problemas. Assim, se «a convenção colectiva que vincula o transmitente está prestes a terminar a sua vigência: fará sentido, de *iure condendo*, impor aqui ao transmissário uma vigência pelo prazo mínimo de um ano?» Júlio Gomes conclui que a resposta deve ser negativa, embora pareça inclinar-se para uma solução já praticada na jurisprudência francesa, em que «o trabalhador cujo contrato foi transferido [se pode] prevalecer da norma que lhe é mais favorável»[26].

Parece-nos pertinente, ainda, convocar alguma da discussão travada a este propósito no plano comunitário. Aliás, por força do já referenciado princípio da interpretação conforme, o artigo 498º deverá ser lido à luz do regime constante da *Directiva dos Direitos Adquiridos*. Como se recordou já, enquanto o artigo 3°, n.° 2, primeiro parágrafo, prevê que «após a transferência, o cessionário manterá as condições de trabalho acordadas por uma convenção colectiva, nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data de rescisão ou do termo da convenção colectiva ou até à data de entrada em vigor ou de aplicação de outra convenção colectiva»[27], o segundo parágrafo precisa que «os Estados-Membros podem limitar o período de manutenção das condições de trabalho desde que este não seja inferior a um ano».

A leitura da regra pareceria impor uma resposta inequívoca quanto ao ponto nodal agora em análise: o adquirente ficaria vinculado por um período não inferior a 12 meses. Não obstante, a questão suscitou-se em data ainda próxima de nós perante o Tribunal de Justiça da União que veio a pronunciar-se noutro sentido. Pela sua importância na matéria, convirá convocar os pontos nucleares da argumentação esgrimida na decisão do caso *Scattolon*.

O TJUE, depois de mobilizar as normas aplicáveis (artigo 3.º da Directiva), sublinha que, na esteira de anterior jurisprudência, «a regra prevista no artigo 3.°, n.° 2, segundo

[26] J. GOMES, "Novas, novíssimas e não tão novas questões», p. 106.

[27] Do teor literal desta regra, constata-se o caráter mais amplo do normativo nacional correspondente, uma vez que o n.º 1 do art. 498º faz referência ao «instrumento de regulamentação colectiva».

parágrafo, da Directiva 77/187 não pode privar de substância o primeiro parágrafo do mesmo número. Por conseguinte, esse segundo parágrafo não impede que as condições de trabalho enunciadas na convenção colectiva a que estava sujeito o pessoal em causa antes da transferência deixem de ser aplicáveis antes de ter passado um ano desde a transferência, ou mesmo imediatamente na data em que a transferência ocorre, quando se verifique uma das situações referidas no primeiro parágrafo do mesmo número, a saber, a rescisão ou o termo da referida convenção colectiva ou a entrada em vigor ou a aplicação de outra convenção colectiva» (n.º 73).

Mas se assim é, continua o Tribunal, o referido artigo 3.º, n.º 2, primeiro parágrafo («o cessionário mantém as condições de trabalho acordadas por convenção colectiva nos mesmos termos em que esta as previa para o cedente, até à data da […] aplicação de outra convenção colectiva»), deve ser entendido «no sentido de que é permitido ao cessionário aplicar, a partir da data da transferência, as condições de trabalho previstas na convenção colectiva que para si vigora, incluindo as relativas à remuneração» (n.º 74).

Para o TJUE, embora se entenda que a Directiva «deixa uma margem de manobra que permite ao cessionário e às outras partes contratantes organizar a integração salarial dos trabalhadores transferidos de forma a adaptá-la devidamente às circunstâncias da transferência em causa, não deixa de ser verdade que as modalidades escolhidas devem ser conformes com o objectivo da referida Directiva». E esse objectivo, enfatiza-se no acórdão, «consiste, essencialmente, em impedir que os trabalhadores sujeitos a uma transferência sejam colocados numa posição menos favorável apenas por causa dessa transferência» (n.º 75).

Tudo isto para concluir que «a implementação da faculdade que consiste em substituir, com efeito imediato, as condições de que beneficiam os trabalhadores transferidos por força da convenção colectiva que vigora para o cedente pelas condições que estão previstas na convenção colectiva que vigora para o cessionário não pode, por conseguinte, ter por finalidade ou efeito impor aos referidos trabalhadores condições globalmente menos favoráveis do que as que eram aplicáveis antes da transferência. Caso contrário, a realização do objectivo prosseguido pela Directiva 77/187 poderia facilmente ser posta em causa em qualquer sector regulado por convenções colectivas, o que prejudicaria o efeito útil da referida directiva» (n.º 76)[28].

[28] De algum modo antevendo este caminho, v. Acórdão de 2008, proferido no caso *Jüuri*.

Como se vê, apesar do teor literal da norma, o TJUE admite que o referido prazo de 12 meses, previsto, ao que parecia, como válvula de segurança para «evitar uma rutura súbita do quadro normativo convencional aplicável à relação de trabalho»[29], possa afinal ser encurtado, ou mesmo eliminado, desde que isso não implique para os trabalhadores uma posição globalmente menos favorável[30].

3. Conclusão

O essencial da discussão jurídica em torno deste importante problema mostra como nos situamos em terreno escorregadio, resvalando os argumentos invocados para um ou outro lado, consoante o conjunto de interesses a que se conceda prioridade. Afigura-se necessário, então, encontrarmos uma baliza, a partir da qual assumiremos a nossa posição.

Primeiramente, importa reforçar aquele que é o entendimento dominante da doutrina portuguesa acerca da teleologia do artigo 498º, no sentido de que esta norma prossegue o objetivo do regime geral da transmissão (artigo 285º), e cuja tutela assenta na manutenção, agora, dos direitos colectivos dos trabalhadores, bem como o conteúdo destes. Ora, parece-nos óbvio que assim haveria de ser, pois se o objectivo fulcral do regime geral consiste na salvaguarda do conteúdo dos respectivos contratos de trabalho, e, como se viu, parte relevante desse mesmo conteúdo se rege por convenções colectivas, logo seria contraditório se aceitássemos que estes instrumentos negociais, aprazados ou não, pudessem ser, ocorrendo a transmissão, arbitrária e imediatamente afastadas por outra convenção, o que porventura poderia ser acordado entre o transmitente e o adquirente para uma ligeira redução de custos, tornando assim o negócio mais atrativo. É preciso não esquecer que a negociação colectiva se deve pautar pelo princípio da confiança entre os entes colectivos, no respeito pela proteção constitucional que lhe é reconhecida enquanto parte do regime dos «direitos, liberdades e garantias». Nesse diapasão, merece referência a declaração de voto feita pela Conselheira Catarina Castro no acórdão do TC: «a confiança que a negociação coletiva em si

[29] A formulação é do próprio Tribunal, num caso posterior, o caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, decidido em 2014, que se mantém embora na doutrina firmada em *Scattolon*.

[30] É interessante notar a leitura progressivamente do Tribunal de Justiça quanto à finalidade dos preceitos em causa (art. 3º). Assim, no acima mencionado o caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, o Tribunal já salienta que «o objetivo desta diretiva é também o de assegurar um justo equilíbrio entre os interesses dos trabalhadores, por um lado, e os do cessionário, por outro. Daqui resulta, nomeadamente, que o cessionário deve poder proceder aos ajustamentos e às adaptações necessárias à continuação da sua atividade» (n.º 29). Esta posição, aliás, acaba de ser invocada no recentíssimo Acórdão de 06.04.2017, tirado no caso *Unionen* (conferir o n.º 19 do aresto).

mesma pressupõe, e que é a base da sua essência, sempre imporia o respeito pelos conteúdos antes negociados, até ao final do período contratualmente estipulado» [31].

Em face do exposto, parece-nos razoável que por força do princípio da interpretação conforme, o qual, ressalte-se, impõe aos tribunais dos Estados-Membros o dever de interpretar as leis nacionais de acordo tanto com as directivas como com a interpretação jurisprudencial que o TJUE faz sobre elas, o limite temporal do artigo 498º deva ser interpretado de modo a admitir que uma nova convenção colectiva entretanto seja aplicável aos trabalhadores do estabelecimento transmitido, ainda que não tenha decorrido o período de 12 meses, devendo para tal verificar-se um requisito mínimo que tenha presente o caráter assimétrico da relação juslaboral, como o disposto no artigo 503º n.º 3 do CT, a saber: «os direitos decorrentes de convenção só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu caráter globalmente mais favorável». Caso não se verifique este pressuposto, isto é, haja alterações das condições de trabalho em detrimento dos respectivos trabalhadores, estes poderão, individualmente, resolver o contrato por justa causa do empregador transmissário, nos termos do artigo 394º n.º 3, al. *b)* («Violação culposa de garantias legais ou convencionais do trabalhador») lhe sendo devida não só a compensação, mas também a indemnização (vide artigo 396º do CT). Importa ter presente que a própria Directiva comunitária lhes confere este direito: «se o contrato de trabalho ou de relação de trabalho forem rescindidos pelo facto de a transferência, na acepção do nº 1 do artigo 1º, implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato de trabalho ou de relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade do empregador» (artigo 4º, nº 2). Parece-nos, que no *plano do direito constituído*[32], esta possa ser uma solução interpretativa capaz de acautelar em parte os interesses dos trabalhadores.

[31] Acórdão do Tribunal Constitucional 794/2013, de 21 de novembro. Chamando a atenção para esta parte da declaração de voto da Conselheira Catarina Castro, João Reis «A contratação colectiva», p. 2974.

[32] Recorde-se a proposta de alteração legislativa apresentada pelo Bloco de Esquerda, em ordem ao reforço da contratação colectiva e que propôs uma nova formulação para o artigo 498º, n.º 1, eliminando a controversa figura do prazo mínimo de 12 meses: «Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade da empresa, do estabelecimento ou de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, o instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que vincula o transmitente é aplicável ao adquirente, salvo se, entretanto, outro instrumento de regulamentação coletiva de trabalho negocial passar a aplicar-se ao adquirente».

Por outro lado, pode ocorrer ainda que o prazo de vigência do IRCT, bem como o período mínimo de 12 meses, tenham expirado. Refira-se que tal hipótese se suscitou na jurisprudência comunitária[33].

Entre nós, a lei 14/2018 consagrou justamente um genuíno período de sobrevigência das convenções colectivas, evitando-se desta maneira um vazio jurídico, além de conferir maior tutela a um importante feixe de direitos dos trabalhadores e acaba por reforçar a negociação colectiva. É o que dispõe o novo n.º 2 do artigo 498º, nos seguintes termos: «após o decurso do prazo referido no número anterior, caso não seja aplicável ao adquirente qualquer instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, mantêm-se os efeitos já produzidos no contrato de trabalho pelo instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que vincula o transmitente, relativamente às matérias referidas no n.º 8 do artigo 501.º[34]».

Por último, cumpre sublinhar que a lei também inovou ao incluir uma sanção contraordenacional no caso de incumprimento do disposto na norma anterior, o que, a nosso ver, é uma solução a se saudar, no sentido de dissuadir o transmissário ao cumprimento do IRCT do transmitente, o que as leis predecessoras não fizeram. Assim dispõe o n.º 4 do preceito: «constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 2».

4. Bibliografia

---

[33] Caso *Österreichischer Gewerkschaftsbund*. Para David Carvalho MARTINS, «Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling», *European Labour Law Journal* 9 (2018), p. 42 o TJUE afastou-se do entendimento explanado na sua jurisprudência, p. ex., no caso *Alemo*. Nas palavras do autor: «in the past, the Court had held that the transferee is only obliged to the terms and conditions in force at the date of the ToEU; now, it decided to include within the scope of Article 3 (3) III Directive the continuing effects of an expired CBA ('Nachwirkungen des Kollektivvertrags' or 'sobrevigência da convenção coletiva de trabalho'). There is probably another suitable approach. Regarding the main proceedings, the main goal of the ToEU was, manifestly, to make good operational losses of the economic unit, which was transferred to a transferee that was bound by a 'friendlier' CBA. Certainly, this could not be a relevant interest to be accommodated within the scope of III Directive, because it constitutes a clear subversion of the immanent values of the ToEUR: to prevent employees subject to a ToEU from being placed in a less favourable position solely as a result of such a transfer. In other words, the ToEU could not produce an automatic decrease of the level of protection of employees. Even in the absence of a continued effect of the CBA provided under the applicable law, I believe that no other solution could be given to similar disputes to the main proceedings, based on the prohibition of the abuse of rights (Article 54 Charter and Article 334 PCC). Thus, the freedom to conduct a business, the contractual freedom or the right of collective bargaining, could not lead to a bypassing of a CBA, even within a statutory period of continuing effect. Regarding this judgment, the objective of reducing costs – or improving profit margins – is not a relevant protected interest within the scope of III Directive. Another aspect worth commenting is that the CJEU seems to admit the replacement of the applicable CBA through an individual agreement signed with the employees after the ToEU».

[34] O n.º 8 do art. 501º dispõe: «após a caducidade e até à entrada em vigor de outra convenção ou decisão arbitral, mantêm-se os efeitos acordados pelas partes ou, na sua falta, os já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho no que respeita a retribuição do trabalhador, categoria e respetiva definição, duração do tempo de trabalho e regimes de proteção social cujos benefícios sejam substitutivos dos assegurados pelo regime geral de segurança social ou com protocolo de substituição do Serviço Nacional de Saúde».

ABREU, J. M. Coutinho de, *Empresa e o Empregador em Direito do Trabalho* (Separata dos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro) Coimbra, 1982.
AMADO, J. Leal, *Contrato de trabalho*, 4ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
DAVIES, Paul «Transfer of Undertakings. Part I. Preliminary Remarks», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 131-144.
FARO, Antonio Lo, «Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-community Institutional Dialogues: How to Define a "Legal Transfer"?», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 210-229.
FERNANDES, A. Monteiro, *Direito do Trabalho*, 18.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017.
FERNANDES, F. Liberal, «Transferência de trabalhadores e denúncia de convenção colectiva - o problema da aplicação do artigo 9.º do DL n.º 519-C1/79, de 29-12», *Questões Laborais*, n.º 7 (1996), pp. 95-114.
GARDE, Amandine, «Partial Harmonisation and European Social Policy: A Case Study on the Acquired Rights Directive», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 5 (2002-2003), pp. 173-93.
GOMES, Júlio, «O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do tribunal de justiça das comunidades europeias em matéria de transmissão do estabelecimento do direito do trabalho: o art. 37º da LCT e a directiva de 14 de Fevereiro de 1977, 77/187/CEE», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 11 (1996), pp. 77-194.
GOMES, Júlio, «Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho» [2008], in: *Novos estudos de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 89- 119.
LAULON, Sylvaine, «The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?, in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 145-78.
MARTINS, David Carvalho, «Transfer of an economic unit: Requirements, effects and recent CJEU ruling», *European Labour Law Journal* 9 (2018), pp. 24-49.
RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Direito do Trabalho: Parte III – situações laborais colectivas,* Coimbra: Almedina, 2012.
REIS, João, «O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho», agora disponível nos *Cadernos do CEJ*: *Transmissão da Empresa*, 2014. (http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf).
REIS, João, «A contratação coletiva na jurisprudência constitucional», *Boletim de Ciências Económicas. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, 57, n.º 4, (2014), pp. 2935-2989.
SILVA, Luís Gonçalves, «Nótula sobre os efeitos colectivos da transmissão da empresa», *Sub Judice*, n.º 27 (2004), pp. 127-135.
VALDÉS DAL-RÉ, Fernando «Transfers of Undertakings: an Experience of Clashes and Harmonies Betweeen Communit Law and National Legal Systems», in *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice* (ed. by Silvana Sciarra), Oxford, Hart Publishing, 2001, pp. 182 ss.
XAVIER, Bernardo Lobo da Gama, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição (colab. P. Furtado Martins). Lisboa: Verbo, 2014

A reserva da vida privada do trabalhador nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Rafaela Guimarães Campos Fonseca[1]

Sumário: Introdução; 1. A reserva da vida privada no âmbito da relação laboral; 2. Reserva da vida privada do trabalhador no ordenamento português; 3. Reserva da vida privada do trabalhador no ordenamento brasileiro; Conclusão.

Introdução

O direito à reserva da vida privada é incluído no núcleo fundamental de liberdades e garantias, tanto em instrumentos jurídicos internacionais basilares, quanto em instrumentos de proteção regionais e estaduais no Ocidente.

No âmbito específico do Direito Laboral, observa-se que os trabalhadores estão em uma posição de maior fragilidade em relação a uma possível invasão de sua privacidade por parte das entidades empregadoras, razão pela qual optou-se por explorar a proteção da reserva da vida privada dos trabalhadores em específico.

O objetivo principal deste trabalho consiste na análise de alguns dos principais aspectos da atual proteção jus-laboral à reserva de vida privada nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Pretende-se saber se estes dois sistemas, cuja origem comum romano-germânica não os isenta de profundas diferenças, fornecem instrumentos eficazes para proteger, de fato, o direito fundamental à reserva de vida privada do trabalhador. Além disso, pretende-se concluir salientando quais as principais características que os diferenciam neste caso em específico, visto tratarem-se de ordenamentos jurídicos com constante influência mútua.

A fim de atingir estes objetivos, analisaremos as seguintes questões: como a proteção à reserva de vida privada do trabalhador é concretizada atualmente nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro? Quais as principais semelhanças e diferenças e quais os aprendizados mútuos de ambos os ordenamentos, ao serem analisados em conjunto?

[1] Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade do Porto

Para responder às questões acima mencionadas, será feito um estudo da lei, doutrina e jurisprudência aplicável ao tema em ambos os ordenamentos jurídicos, traçando um paralelo comparativo entre eles. Será dada especial ênfase em três dos principais aspectos da proteção à reserva de vida privada do trabalhador, quais sejam, a proteção de dados pessoais, os testes e exames médicos em trabalhadores e a vigilância à distância.

Ressalte-se que o presente trabalho não pretende esgotar o assunto - tão amplo e com nuances interdisciplinares -, mas sim, lançar luz sobre a discussão do tema.

1. A reserva da vida privada no âmbito da relação laboral

Atualmente, a constitucionalização dos direitos sociais e econômicos é uma realidade presente e generalizada nas constituições da maioria dos países ocidentais. A CRP prevê, especificamente, um conjunto de normas e princípios laborais, a maioria dos quais se encontra na parte respeitante aos direitos fundamentais - Capítulo III do Título II da Parte I - arts. 53 a 57 - e Capítulo I do Título III, também da Parte I - arts. 58 e 59. Assim, ela traz ao ordenamento características do típico Estado Social de Direito e, nas palavras de Gomes Canotilho, "a Constituição erigiu o trabalho, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social".[2]

Por sua vez, o empregador, como titular da organização produtiva, tem direito a conformar a sua organização, necessitando, para isso, de determinados poderes. Os poderes do empregador são intrínsecos ao reconhecimento da liberdade de empresa e também têm consagração constitucional, desde logo, no direito à iniciativa de constituição da própria empresa e, por outro lado, no direito de definir a finalidade que a empresa prossegue e a forma como é gerida, nos termos dos arts. 61º, nº 1 e 80º, alínea c) da CRP.

Na verdade, a relação laboral pode moldar o exercício dos direitos constitucionais, já que dela nascem direitos ou obrigações que impedem manifestações destes e acrescentam limites adicionais ao seu exercício. Deve-se procurar um equilíbrio entre o direito constitucional e as obrigações inerentes ao contrato, tendo em atenção que a restrição ou o

[2] CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2002, p. 344/345

condicionamento do direito fundamental só se pode fazer na medida do indispensável e imprescindível.[3]

O ordenamento jurídico português não é estranho a esta realidade. É, aliás, o reconhecimento da inferioridade substancial da situação dos trabalhadores em relação aos empregadores e da situação de desequilíbrio entre os poderes de uma e da outra parte que se encontra na base do relevo dado pela CRP aos direitos daqueles.

No que concerne especificamente a esta seara, o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada penetra também na relação de trabalho, erigindo-se como um importante limite aos poderes do empregador e, ao mesmo tempo, como uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais pelo trabalhador.

Devido ao grande envolvimento da personalidade do trabalhador no vínculo laboral, bem como a sua situação de fragilidade e hipossuficiencia no contexto do contrato de trabalho, surge a necessidade de uma proteção jus-laboral específica em relação à sua privacidade. A entidade empregadora intromete-se, mesmo que de forma lícita, na vida do trabalhador que, através da celebração do contrato, aceita submeter a sua esfera privada a determinadas restrições.

Não se pode impedir os empregadores de dirigirem e supervisionarem os seus trabalhadores, mas este poder de direção, vigilância e controle cinge-se a comprovar se os trabalhadores cumprem adequadamente as suas obrigações e deveres laborais. Devem sempre ser respeitadas a sua dignidade e privacidade, evitando abusos ou excessos nestas formas de controle, as quais devem ser realizadas de modo proporcional na forma, no método, no lugar e no momento, e respeitando sempre o conteúdo essencial do direito.

Desta forma, defende-se que os contornos da prestação laboral constituem o limite da direção e controle do empregador, impedindo o exercício de qualquer prerrogativa que não tenha por objeto o seu estrito cumprimento. Os poderes do empregador não podem exercer-se sobre a conduta extra-laboral do trabalhador, a não ser quando essa conduta possa repercutir negativamente sobre o correto cumprimento da prestação de serviços ou possa prejudicar os legítimos interesses da empresa.

A partir de agora, serão analisados alguns dos principais aspectos da proteção ao direito à reserva de vida privada do trabalhador nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, traçando um paralelo entre eles. Tal análise tem como objetivo verificar se eles, de fato, protegem de forma efetiva este direito fundamental.

---

[3] MOREIRA, Teresa Coelho - Da esfera privada… , p. 45

2. Reserva de vida privada do trabalhador no ordenamento português

Historicamente, apenas com o Co□ digo do Trabalho de 2003 – e, logo depois, com o Co□ digo do Trabalho de 2009 - se deu a devida ênfase ao relevo dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade do trabalhador no contrato de trabalho. E□ certo que tais direitos não deixavam de ter relevo anteriormente. Simplesmente as questo□ es por eles suscitadas no plano laboral tinham de ser resolvidas por outra via; ou recorrendo a□ aplicaça□ o direta das normas constitucionais em mate□ ria de direitos fundamentais, atrave□ s do artigo 18º da CRP; ou aplicando o regime geral de tutela dos direitos de personalidade, constante dos artigos 70º e seguintes do CC. [4]

O princi□ pio geral nesta mate□ ria, que decorre do Co□ digo do Trabalho e que a jurisprudência laboral tem tambe□ m sublinhado, e□ o princi□ pio da irrelevância das mate□ rias da esfera privada das partes.[5]

Importa salientar inicialmente a previsão geral do direito à reserva da vida privada no art. 16º do Código do Trabalho, sendo destacados abaixo três dos seus principais desdobramentos, previstos nos dispositivos seguintes do mesmo diploma legal.

2.1 Proteção de dados pessoais

Não obstante a CRP não consagrar disposições especiais relativas à protecção de dados pessoais dos trabalhadores, são várias as normas constitucionais de âmbito geral com relevância a este nível. Vale destacar o nº 3 do art. 35º da CRP refere a proibição do tratamento informático de dados referentes à filiação sindical, incluindo estes no núcleo de dados especialmente protegidos.[6]

Além disso, este desdobramento da proteção à reserva de vida privada do trabalhador é tratado com detalhes no art. 17º do Código do Trabalho.[7]

---

[4] RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade no Contrato de Trabalho - breves notas sobre a aplicação jurisprudencial. Conferencia Estado de Direito e Direitos Fundamentais. Assembleia da República. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/estudos-e-publica/fich-pdf/conferencias/Conferencia_CACDLG-CEJ.pdf> (Julho de 2013), p. 34

[5] RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade …, p. 35

[6] SÁ, Sofia Lencastre - (Ir)relevância da vida privada do trabalhador?…, p. 29

[7] Artigo 17.º CT
Protecção de dados pessoais
1 - O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:
a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) entrou em vigor em 25 de Maio de 2018, substituindo a Directiva nº 95/46/CE do Parlamento e do Conselho e Lei de Proteção de Dados - Lei nº 67/98 - que transpôs tal directiva ao ordenamento pátrio.

Ao fazer uma breve análise comparativa do RGPD com a Lei nº 67/98, não existem grandes diferenças ao nível dos princípios de proteção de dados pessoais, mas existem diversas alterações significativas ao nível das regras do jogo e da operacionalização desses princípios, das quais destacamos as seguintes:

I) Alteração do modelo de regulação, que passou de uma heterorregulação para uma autorregulação - as organizações agora têm responsabilidade pela interpretação e manutenção da conformidade com o RGPD, ficando sujeitas à inspeção;
II) Foi introduzido de um quadro sancionatório agravado;
III) Alargou-se o conceito de dados pessoais, que agora inclui quaisquer dados suscetíveis de identificar, mesmo que de forma indireta, um determinado indivíduo;
IV) Foram reforçados alguns direitos dos titulares de dados pessoais (ex.: direito ao esquecimento, direito à portabilidade);
V) Passou a ser obrigatório o reporte à Autoridade de Controlo de quaisquer incidentes relativos ao comprometimento de dados pessoais e, em certas condições, aos próprios titulares afetados;
VI) Criou-se a necessidade de consentimento concreto, específico e objetivo do titular relativamente aos dados pessoais facultados, com determinação da finalidade de recolha dos mesmos, o que pretende por fim às cláusulas genéricas de autorização.

Um correcto respeito pelos direitos de privacidade do trabalhador implicará o equilíbrio entre esse mesmo direito à privacidade do trabalhador e o direito do empregador a tratar dados pessoais, no âmbito dos seus poderes e necessidades de gestão - os direitos, liberdades e garantias poderão ser limitados, nos termos do art. 18º da CRP, desde que tal se mostre adequado, necessário e proporcional à salvaguarda de outros direitos ou interesses, também eles constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos de dados pessoais no âmbito de uma relação laboral poderão justificar-se, por exemplo, em situações de

---

b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.
2 - As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.
3 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.
4 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.
5 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

recrutamento e formação, medicina do trabalho, segurança e higiene no trabalho, segurança de pessoas e bens, entre outras situações. [8]

2.2 Testes e exames médicos

Existe legislação, no nosso país, acerca desta matéria há já longos anos, estando, neste momento, em vigor a Lei nº 102/2009, de 10 de Setembro, que estabelece o regime de organização e funcionamento das actividades de segurança, higiene e saúde no trabalho e prevê a realização de exames de admissão, exames periódicos e exames ocasionais.

Assim, no âmbito das relações laborais, tem-se por certo que o direito à proteção da saúde, a todos reconhecido no artigo 64º nº 1 da Constituição, bem como o dever de defender e promover a saúde, consignado no mesmo preceito constitucional, credenciam a obrigação do trabalhador de se sujeitar aos exames médicos necessários e adequados para assegurar – tendo em conta a natureza e o modo de prestação do trabalho e sempre dentro de critérios de razoabilidade – que ele não representa um risco para terceiros. Impõe-se é que a obrigatoriedade dessa sujeição se não revele, pela natureza e finalidade do exame de saúde, como abusiva, discriminatória ou arbitrária.

Apresenta-se de forma emblemática na matéria o Ac. TC nº 306/2003, que, na apreciaçã o preventiva da constitucionalidade de algumas normas do Co digo do Trabalho de 2003, veio proibir algumas indagaço es do empregador ao trabalhador e veio impor certas condiço es para a prestaçã o de exames me dicos, estabelecendo que o me dico só tem que comunicar ao empregador se o trabalhador esta ou na o apto para prestar o trabalho, impedindo-se assim que o empregador fique com uma ficha médica sobre o trabalhador.[9] Como é sabido, o jui zo do Tribunal Constitucional sobre esta norma acabou por resultar na nova fo rmula que consta hoje do artigo 19º do CT de 2009.[10]

[8] SÁ, Sofia Lencastre - (Ir)relevância da vida privada do trabalhador?…, p. 31
[9] Disponível em: <www.dgsi.pt>
[10] Artigo 19.º CT
Testes e exames médicos
1 - Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação.
2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.
3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade.

A propósito desta matéria, parece-nos relevante também referir o importante contributo da Lei nº 12/2005, de 26 de Janeiro, relativa à informação genética pessoal e informação de saúde.[11]

Nesta área de aplicação do princípio da reserva da vida privada, o que está, pois, em causa é o conflito entre um direito fundamental e de personalidade e o dever de informação do trabalhador relativamente a aspectos relevantes para o contrato, devendo este dever de informação ceder, em princípio, perante aquele direito fundamental. Este princípio geral não impede, contudo, que, em algumas situações objetivamente justificadas, prevaleça aquele dever de informação.[12]

2.3 Vigilância à distância

A vigilância à distância é tratada pelos artigos 20º e 21º do Código do Trabalho.[13] Convém, no entanto, analisar separadamente as implicações do GPS e geolocalização e da videovigilância, por existirem entendimentos diversos acerca de cada tema.

2.3.1 GPS/Geolocalização:

4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2.

[11] SÁ, Sofia Lencastre - (Ir)relevância da vida privada do trabalhador?…, p. 36

[12] RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade …, p. 37

[13] Artigo 20.º CT

Meios de vigilância a distância

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 - Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

4 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

Artigo 21.º CT

Utilização de meios de vigilância a distância

1 - A utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

2 - A autorização só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir.

3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - O pedido de autorização a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, não estando este disponível 10 dias após a consulta, de comprovativo do pedido de parecer.

5 - Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 3.

Já na vigência do Código do Trabalho de 2009, o STJ afirmou a orientação, no Ac. de 13/11/2013, de que face ao art. 20º, um equipamento GPS não é considerado meio de vigilância à distância incluído na proibição daquele artigo e dependente da autorização da CNPD. Sublinhou, ainda, que a utilização do GPS numa viatura exclusivamente afecta às necessidades do serviço, não permitindo a captação de imagem ou som, não afecta a esfera de intangibilidade dos valores privacidade e dignidade humana, pelo que seria lícito o uso em processo disciplinar dos dados provenientes do GPS, assim validando um despedimento de motorista que conduziu fora do percurso determinado pelo empregador, com acréscimo do tempo despendido e dos riscos de circulação.[14]

Divergente desta orientação veio a ser, posteriormente, a deliberação da CNPD nº 7680/2014, aplicável aos tratamentos de dados pessoais decorrentes da utilização de tecnologias de geolocalização no contexto laboral, designadamente GPS, estações de base GSM e WI-FI. Nela, se considera que o uso dessas tecnologias em contexto laboral configura verdadeiramente meio de vigilância à distância, especialmente devido ao enorme progresso tecnológico observado nos últimos tempos. Mais do que isto, afirmou-se que esses dados, por dizerem respeito à vida privada dos trabalhadores, se enquadram no conceito de dados sensíveis, em conformidade com o disposto no nº 1 do artigo 7º da então vigente Lei de Proteção de Dados.

2.3.2 Videovigilância:

Nesta matéria, é de destacar um acórdão do STJ, de 08.02.2006 (Proc. nº 05S3139), sobre sistemas de videovigilância nas instalações da empresa. Este acórdão qualifica tais sistemas como uma restrição à reserva da vida privada do trabalhador, considerando, por isso mesmo, que eles só devem ser admitidos nas seguintes condições: em primeiro lugar, estes sistemas devem prosseguir apenas o objetivo de proteção de pessoas e bens; em segundo lugar, tais equipamentos apenas são de admitir em ambientes com risco ou perigo para a atividade da empresa – portanto, não em qualquer local, mas apenas em ambientes de acesso público ou bastante transitados; e, em terceiro lugar, tais equipamentos só são admissíveis na condição de não serem utilizados para vigiar a atividade dos

[14] Disponível em: <www.dgsi.pt>

trabalhadores ou seja, a sua admissibilidade esta□ funcionalizada ao objetivo de proteção de pessoas e bens e não pode ser desviada para outras finalidades.[15]

Recentemente, sobretudo depois do Acórdão da Relação de Évora, de 09/11/2010 (Proc. nº 292/09.0TTSTB.E1)[16], a jurisprudência das Relações vem admitindo a licitude desse meio de prova desde que o sistema instalado cumpra os requisitos legais de finalidade, necessidade, adequação e transparência, estando autorizado pela CNPD. O essencial da argumentaçã□ o é que um trabalhador no espaço vigiado é um cidadã□ o igual aos outros e o fundamento da proteção da privacidade em contexto laboral conta exatamente com isso: o trabalhador na□ o deixa a sua veste de cidadão a□ porta do trabalho.

A CNPD tem, contudo, vigente uma deliberação ja□ antiga (2004), que diverge desta posição em termos que merecem perplexidade e suscitam atenção. Nela, afirma-se que na□ o estando a recolha de imagem dirigida, em geral, para atos individuais, mas antes ao universo das pessoas que acedem ao estabelecimento vigiado, as imagens só são pertinentes quando ocorrer fato com relevo para investigação criminal, pelo que, detectada pra□ tica de infração penal, o empregador deve enviar ao órga□ o de poli□ cia criminal ou a□ autoridade judicia□ ria as imagens recolhidas. Ou seja, nessa deliberação, a CNPD parece determinar que as imagens colhidas apenas possam ser usadas em processo penal e, em todo o caso, apenas possam ser visualizadas por autoridade judicia□ ria e, portanto, subtraídas ao tratamento por parte do empregador.

3. Reserva da vida privada do trabalhador no ordenamento brasileiro

Na Constituição Federal de 1988, vislumbra-se o princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso III, do art. 1º; o da igualdade, no caput, do art. 5º; o direito à intimidade, no inciso X, do art. 5º; o direito à imagem, no inciso V, do art. 5º, além do direito à integridade física e moral. Pode-se concluir, então, que os direitos da personalidade apresentam-se como princípios constitucionais do trabalho dada a simples proteção conferida a eles pela Constituição Federal de 1988.

No Direito do Trabalho brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) apenas prevê norma expressa sobre direitos da personalidade no art. 373-A, VI, que veda a revista íntima nas empregadas. Ademais, os arts. 482, alíneas "j" e "k", e 483, alíneas "a", "b", "c", "d", "e" e "f" tratam de hipóteses de rescisão do contrato de trabalho por justa

[15] Disponível em: <www.dgsi.pt>
[16] Disponível em: <www.dgsi.pt>

causa do empregador e do empregado, que podem se relacionar diretamente à reserva da vida privada.[17]

A CLT também faz referência à proteção aos direitos da personalidade do trabalhador quando, em seu art. 29, proíbe o empregador de proceder a qualquer espécie de anotação desabonadora acerca da conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.[18]

Na seara infraconstitucional do Direito do Trabalho brasileiro, o art. 1º, da Lei nº 9.029/95, proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Importante observar que, uma vez verificada a lacuna da legislação trabalhista no que tange à aplicação dos direitos da personalidade, as disposições contidas no Código Civil de 2002, referentes ao capítulo destinado à proteção desses direitos, devem-se aplicar ao Direito do Trabalho, desde que em conformidade com o art. 8º, da CLT.[19]

---

[17] Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:
[...]
VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.
Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:
[...]
j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:
a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
c) correr perigo manifesto de mal considerável;
d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
[...]

[18] Art. 29. A Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo trabalhador ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de quarenta e oito horas para nela anotar, especialmente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver, sendo facultada a adoção de sistema manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho.
[...]
§ 4º. É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.
§ 5º. O descumprimento do disposto no § 4º deste artigo submeterá o empregador ao pagamento de multa prevista no art. 52 deste Capítulo.

[19] Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do Direito de Trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito

Inicia-se agora a análise dos mesmos aspectos da proteção à reserva de vida privada do trabalhador trazidos no capítulo anterior, com o fim de traçar um paralelo entre os mecanismos e a efetividade da proteção conferida por ambos os sistemas.

3.1 Proteção de dados pessoais

A despeito de não haver dispositivo expresso na Constituição Federal reconhecendo um direito autônomo à proteção de dados pessoais, entende-se que ele - principalmente sob a rubrica de autodeterminação informativa - ou está integralmente fundado no conceito de vida privada e intimidade, ou decorre da cláusula geral de promoção da pessoa, com base na dignidade da pessoa humana (art. 1°, inciso III, da CF).[20]

A doutrina e a jurisprudência pátrias têm se ocupado igualmente de aspectos do problema da obtenção e da utilização da informação relativa ao empregado situando-o no âmbito da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, e considerando, via de regra, a tutela tradicional dos direitos da personalidade, fundada na ideia de proibição de violação de caráter discriminatório.

Como forma de ilustração, podemos citar um julgado do Tribunal Superior do Trabalho no qual o dano moral coletivo não restou configurado pela mera obtenção de informações pessoais de candidatos a emprego relativas a certidões e atestados de antecedentes criminais (RR 9890900-82.2004.5.09.0014, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, DJ 29/09/2010). [21]

Foi aprovada e sancionada, em agosto do corrente ano, a Lei da Câmara nº 53/2018, que altera a lei nº 12.965, de 2014, estabelecendo uma normativa brasileira de proteção e tratamento de dados pessoais. O diploma entrará em vigor 18 meses após sua promulgação. As novas regras asseguram que seus dados pessoais - como nome, endereço, e-mail, idade, estado civil e situação patrimonial - não serão usados sem seu consentimento por empresas nem pelo governo. No entanto, foi vetada a criação de um órgão responsável por garantir a observância da nova lei, que seria chamado ANPD (Agencia Nacional de Proteção de Dados), o que pode prejudicar a sua efetividade.

---

comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

[20] SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza - A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro, tese de doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/pt-br.php>, p. 119

[21] Disponível em: <www.tst.jus.br>

A lei brasileira é abertamente inspirada no Novo RGPD europeu que passou a vigorar em maio. Ela se apresenta como uma grande novidade após os longos anos de lacuna do ordenamento jurídico brasileiro em relação a proteção de dados pessoais.

3.2 Testes e exames médicos

Trata-se de um dos únicos temas relativos a reserva da vida privada do trabalhador expressamente sistematizados pela legislação trabalhista brasileira, concretamente no art. 168 da CLT. [22]

Todo trabalhador regido por este diploma deve submeter-se aos exames médicos ocupacionais, sendo estes obrigatórios na admissão, na demissão e periodicamente no curso do vínculo empregatício. As condições, periodicidade e procedimentos destes exames deverão ser realizados de acordo com as disposições contidas na Norma Regulamentadora nº 7, do Ministério do Trabalho.

Em qualquer hipótese, o médico, empregado ou na o do mesmo empregador, deve pautar-se pela correta aplicação da medicina e do Co digo de E tica Médica. [23]

---

[22] Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:
I - a admissão;
II - na demissão;
III - periodicamente.
§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:
a) por ocasião da demissão;
b) complementares.
§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.
§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos.
§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade.
§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.
§ 6º - Serão exigidos exames toxicológicos, previamente à admissão e por ocasião do desligamento, quando se tratar de motorista profissional, assegurados o direito à contraprova em caso de resultado positivo e a confidencialidade dos resultados dos respectivos exames.
§ 7º - Para os fins do disposto no § 6o, será obrigatório exame toxicológico com janela de detecção mínima de 90 (noventa) dias, específico para substâncias psicoativas que causem dependência ou, comprovadamente, comprometam a capacidade de direção, podendo ser utilizado para essa finalidade o exame toxicológico previsto na Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, desde que realizado nos últimos 60 (sessenta) dias.

[23] Art. 11 O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade;
E vedado ao me dico:
Art. 102 Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exerci cio de sua profissa o, salvo por justa causa, dever legal ou autorizaça o expressa do paciente (...);

Conclui-se, assim, pelos dispositivos acima mencionados que, após realizado o exame, o me□ dico na□ o podera□ revelar a ninguém o resultado dos mesmos, limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não apto para a funça□ o a que se destina.

Ressalte-se, ainda, que o médico que incorrer em violação de segredo profissional, praticará o crime previsto no artigo 154 do Código Penal.[24]

A Lei n. 9.029/95 ainda vai mais longe, tipificando também como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo a□ esterilização ou estado de gravidez, além da adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação a□ esterilização genética.

Além disso, é entendimento pacífico no TST o decorrente do disposto em sua Súmula nº 443: "Presume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estimou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito a reintegração no emprego."

3.3 Vigilância a distância

Muito embora não haja menção legal expressa sobre os limites ao poder fiscalizatório do empregador neste aspecto, trata-se de um tema frequentemente enfrentado pela jurisprudência trabalhista brasileira. A análise do caso concreto é que revelará qual desses direitos - poder fiscalizatório do empregador ou privacidade do empregado - deverá prevalecer, ou se há espaço para convivência harmônica entre eles.

Dentre alguns casos que chegaram ao Poder Judiciário, percebe-se que a instalação de câmeras é permitida desde que efetuada em locais isentos de violação de privacidade dos trabalhadores, tais como: refeitórios, banheiros e vestiários. Assim, a instalação de câmeras não pode ser realizada em todos os ambientes de trabalho que integram a empresa, mas apenas naqueles cujo objetivo é manutenção da segurança patrimonial do empregador e pessoal dos trabalhadores.

Como exemplo, vale referir decisão do Tribunal do Trabalho da 2ª Região, na qual não foi reconhecido direito a dano moral por câmera instalada em ambiente de trabalho. O

Art. 105 Revelar informaço□ es confidenciais obtidas quando do exame me□ dico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituiço□ es, salvo se o silêncio puser em risco a sau□ de dos empregados ou da comunidade;

Art. 108 Facilitar manuseio e conhecimento dos prontua□ rios, papeletas e demais folhas de observaço□ es médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas na□ o obrigadas ao mesmo compromisso.

[24] Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de quem tem ciência em razão de função, ministério, oficio ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. (grifou-se).

Pena - detença□ o, de 3 (três) meses a I (um) ano, ou multa.

fato de haver câmera de circuito interno no ambiente de trabalho, ainda que sem a ciência dos empregados, por si só, não é pressuposto de dano à moral, pois não se trata de ambiente privado ou íntimo, mas coletivo empresarial (Proc. 00010204520115020071/Ac. 20121165056).[25]

Conclusões

De fato, a prestação de trabalho implica uma conformação do exercício dos direitos de personalidade, mas não deve privar os trabalhadores dos mesmos. Deve haver um equilibrador regulatório, em contexto laboral, que assegure uma justa medida entre os direitos fundamentais aqui em confronto: direitos de personalidade (dignidade humana, reserva de vida privada, autodeterminação informativa) e os direitos de livre iniciativa econômica e constituição de empresa.

Em relação a regulação propriamente dita, conclui-se que o ordenamento jurídico português está melhor munido que o brasileiro. As explicações para isso podem remontar a características culturais da sociedade, mais preocupada e informada sobre as consequências da exposição de sua vida privada, ou até mesmo a forte influência do direito da União Europeia, especialmente no que diz respeito a proteção de dados pessoais.

Também vale referir a maior atualidade do Código do Trabalho português de 2009 frente a Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, que remete a década de 1940, muito embora tenha passado por várias atualizações. Nenhuma delas, no entanto, teve o condão de trazer os direitos de personalidade de forma expressa a sistematização de direitos laborais.

Entretanto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem, de uma forma geral, atribuído grande valoração aos precedentes judiciais, em detrimento de uma legislação marcadamente positivista. Dessa forma, mesmo que sem a generalidade e abstração típicas das normas, o julgador brasileiro tem se mostrado capaz de trazer respostas satisfatórias à maioria dos casos concretos, invocando para isso a aplicação de princípios, a analogia, dentre outros mecanismos de interpretação e aplicação do direito.

As respostas dadas por ambos os ordenamentos jurídicos às questões suscitadas são parecidas, mesmo que para chegar até elas, eles se socorram de instrumentos distintos - regras jurídicas propriamente ditas ou precedentes, princípios e construções interpretativas. É interessante observar como dois sistemas de mesma matriz, mesma língua, doutrinadores em

[25] Disponível em: <www.trt2.jus.br>

comum e inspirados um no outro, podem se comportar de forma tão diferente relativamente à forma de garantir direitos fundamentais, como é o caso do direito à reserva da vida privada.

Conclui-se que tanto Portugal quanto o Brasil estão longe do cenário ideal de efetiva proteção do direito a reserva da vida privada em todos os seus aspectos, especialmente em um contexto tão delicado como o laboral. No entanto, não é possível afirmar a supremacia de um sobre o outro, vez que, apesar remontarem a mesma origem, eles possuem características profundamente distintas, interpretando e aplicando o direito cada qual a seu modo.

Bibliografia

ABRANTES, José João - Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
ALVARENGA, Rubia Zanotelli - Direitos de Personalidade do Trabalhador e correio eletrônico. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26273/direitos-da-personalidade-do-trabalhador-e-correio-eletronico> (Dezembro de 2013).
CANOTILHO, J.J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2002.
DELGADO, Mauricio Godinho - Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: LTR, 2010.
GRANJA, Tatiana de Almeida - A (des)protecao aos dados pessoais do trabalhador brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/tatiana_de_almeida_granja.pdf>.
MENDES, Luís Azevedo - Privacidade e Tecnologias de Informação no contexto laboral. Intervenção no VII Colóquio Anual de Direito do Trabalho do STJ. Disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/VIII_coloquio_DT/LusAzevedo Mendes.pdf> (Outubro de 2016).
MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional. 6ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
MOREIRA, Teresa Coelho - Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, Coimbra: Almedina, 2004.
MOREIRA, Teresa Coelho - A privacidade dos trabalhadores e as novas tecnologias de informação e comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder de controlo eletrônico do empregador, Coimbra: Almedina, 2010.
NETO, Luísa - Novos direitos ou novo(s) objecto(s) para o direito?, 1ª edição, Porto: U.Porto Editorial, 2010.
RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Direitos Fundamentais e Direitos de Personalidade no Contrato de Trabalho - breves notas sobre a aplicação jurisprudencial. Conferencia Estado de Direito e Direitos Fundamentais. Assembleia da República. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/estudos-e-publica/fichpdf/conferencias/Conferencia_CACDLG-CEJ.pdf> (Julho de 2013).
SÁ, Sofia Lencastre - (Ir)relevância da vida privada do trabalhador?, tese de mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza - A proteção de dados pessoais do empregado no direito brasileiro, tese de doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de Sao Paulo, 2012. Disponível em:<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05082013-165006/pt-br.php>.

Grupos de sociedades: reflexão em torno de uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário

Rúben Daniel Cardoso de Jesus[1]

Sumário: 1. Introdução; 2. Noção e principais características; 3. O Grupo de Sociedades no Código das Sociedades Comerciais; 4. O futuro do direito dos grupos de sociedades: por uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário; 5. Bibliografia.

1. Introdução

A regulamentação dos grupos de sociedades foi introduzida no ordenamento jurídico nacional por meio do Código das Sociedades Comerciais (CSC), cuja vigência se iniciou em 1986. Desde então, apesar das pontuais alterações[2], a essência normativa permanece intocada e os pilares dogmáticos que constituíram as fundações do regime jurídico em causa mantêm-se inalterados. O presente artigo não pretende abalar tais fundações nem, tão pouco, procura promover a sua reconstrução integral. O objectivo é, apenas, introduzir no seio da discussão doutrinal uma nova e actual perspectiva em torno do fenómeno jurídico plurissocietário que – esperemos – possa constituir a base para futuros desenvolvimentos e melhorias deste instituto. Para tal, começaremos por identificar o fenómeno que aqui merece a nossa atenção e elencar as suas principais características. De seguida procederemos a uma breve, mas necessária, análise ao regime jurídico vigente para que, então, possamos expor de forma clara e eficiente as premissas em que assenta esta nossa proposta de reflexão.

2. Noção e principais características

[1] Mestre em Direito dos Contratos e da Empresa; Investigador no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

[2] Desde 1986, algumas alterações ao regime foram introduzidas pelos Decreto-Lei n.º 280/87 de 8 de Julho, Decreto-Lei n.º 486/99 de 13 de Novembro, Decreto-Lei n.º 238/91, de 2 de Julho e Decreto-Lei n.º 76/2006, de 29 de Março

Para que possamos providenciar pelas linhas gerais de uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário, torna-se indispensável a definição dos contornos conceptuais que caracterizam os grupos de sociedades ("*Groupes de sociétés*", "*Gruppi di società*", "*Konzern*")[3]. Para tal, impõe-se uma análise das suas principais características, dado que apenas assim será possível apreender a verdadeira essência da estrutura plurissocietária.

O primeiro aspecto a ter em conta na análise dos grupos de sociedades é a *independência jurídica* das sociedades agrupadas. Como sabemos, à semelhança das pessoas naturais, também as pessoas colectivas são dotadas de personalidade jurídica, assumindo-se, assim, como centros autónomos de imputação de efeitos jurídicos. Por meio de tal atribuição, as sociedades distinguem-se dos seus sócios, figurando como sujeitos autónomos no tráfego jus-mercantil, sendo-lhes concedidos direitos, obrigações, reconhecida vontade própria e, acima de tudo, individualmente responsabilizadas pelos actos por si praticados[4]. Ao contrário de outros fenómenos de concentração societária, como a fusão[5] - em que as sociedades envolvidas são despojadas da sua autonomia jurídica para, posteriormente, ser promovida a constituição de uma nova entidade - no fenómeno jurídico plurissocietário as sociedades agrupadas não abdicam da sua independência jurídica. Ao invés, essa personalidade jurídica é conservada, não perdendo cada sociedade a individualidade obtida no momento da sua constituição. Para além disso, a constituição de um grupo de sociedades não origina um novo sujeito jurídico, configurando-se, antes, como uma superestrutura societária composta por várias pessoas colectivas, autónomas entre si[6].

Em segundo lugar, o fenómeno jurídico plurissocietário caracteriza-se pela existência de uma *direcção económica unitária*. Como vimos, as sociedades agrupadas mantêm a sua

---

[3] Os grupos de sociedades são o resultado da evolução do mundo jurídico-mercantil. Na realidade, durante muitos anos a posição de destaque das construções normativas de direito comercial foi ocupada pelo comerciante individual que, inserido numa lógica de mercado local, gozava de plena igualdade em relação aos demais agentes económicos. Foi apenas após a revolução industrial que tal paradigma veio a sofrer mudanças. O comerciante individual deu lugar às sociedades comerciais que, dotadas de maiores recursos humanos e financeiros, se assumiu como o principal agente económico no mundo jurídico-mercantil. Esta mudança de paradigma, aliada às evoluções doutrinais em torno da personalidade colectiva e do controlo intersocietário estabeleceram as bases para as subsequentes operações de concentração empresarial, das quais culminaram as estruturas plurissocietárias. No que respeita às condicionantes histórias, políticas e económicas que permitiram o surgimento dos grupos de sociedades, v. José Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades : estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 3 e ss; Medina Carreira, *Concentração de empresas e grupos de sociedades – Aspectos históricos, económicos e jurídicos*, Porto, Edições ASA, 1992, p. 7 e ss.

[4] Sobre a personalidade e capacidade jurídica das sociedades comercias e as suas consequências, v. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial – Vol. II*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 161 e ss.

[5] Artigos 97º e ss, do Código das Sociedades Comerciais. Sobre a fusão de sociedades, v. Raúl Ventura, *Fusão, Cisão*, *Transformação de Sociedades,* Coimbra, Almedina, 1999, p. 5 e ss.

[6] Sobre a autonomia jurídica das sociedades agrupadas, v. José Engrácia Antunes, *op. cit*, p. 26; Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 14 e ss.

individualidade jurídica quando inseridas na estrutura de grupo, todavia, a sua autonomia patrimonial e económica é, claramente, objecto de limitação. A existência e funcionamento dos grupos de sociedades exige uma actuação concertada e coordenada dos vários membros, com vista a uma efectiva implementação e realização dos interesses que presidiram à sua constituição. De outra forma, a pluralidade de entidades existentes, cada uma dotada de interesse e vontade própria, e a inexistência de um elemento aglutinador que garanta um "caminhar conjunto" das várias sociedades agrupadas, inviabilizaria qualquer propósito de coordenação. Impõe-se a necessidade de uma direcção unitária capaz de desempenhar esse papel aglutinador[7].

Por fim, a efectiva implementação de uma direcção económica unitária está dependente da existência de eficientes mecanismos de controlo. Na verdade, a simples definição de uma politica unitária a nível plurissocietário não é garante de uma actuação concertada dos vários membros do grupo. É, pois, necessária a existência de mecanismos de implementação das linhas orientadoras pensadas e definidas em função dos "interesses do grupo", representando os instrumentos de controlo um elemento fundamental na actuação do grupo como unidade económica[8].

Avançadas as principais características dos grupos de sociedades, estamos, agora, em melhores condições de oferecer uma definição para fenómeno que aqui pretendemos tratar. No entanto, tal empreitada não se assume isenta de dificuldades. A verdade é que os grupos de sociedades são, simultaneamente, fenómenos jurídicos e económicos, facto que dificulta qualquer esforço de prover por uma definição unitária, apta a ser unanimemente reconhecida no seio destas duas áreas científicas. Todavia, orientados pela doutrina reconhecida nesta matéria, é com segurança que afirmamos que o que aqui pretendemos tratar são os grupos de sociedade em sentido estrito, ou seja, o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, mantendo a sua independência jurídica, aceitam submeter-se a uma direcção económica unitária e comum a todos elementos agrupados[9].

A aparente facilidade com que ultrapassamos as dificuldades inerentes à conceptualização dos grupos de sociedades contrasta com a real complexidade da sua essência. Na verdade, o fenómeno jurídico plurissocietário é dotado de grande flexibilidade e maleabilidade, não existindo formas estanques, estáticas e plenamente consolidadas de estruturas de grupo. A forma que o grupo assumirá dependerá dos propósitos e dos

---

[7] *Vide*, Medina Carreira, *op. cit.*, p. 41 e ss.; Engrácia Antunes, *op. cit.*, p. 113; Ana Perestrelo de Oliveira, *op. cit.*, p. 15

[8] *Vide*, Ana Perestrelo de Oliveira, *op. cit.*, p. 15; Medina Carreira, *op. cit.*, p. 47 e ss.

[9] Sobre a noção ampla e noção estrita de grupos de sociedades, *vide,* José Engrácia Antunes, *op. cit.*, p. 52 e 53.

interesses dos empresários, não estando vinculados a uma configuração única durante todo o seu período de existência, sendo-lhe, ao invés, possível ajustar-se ao longo dos tempos, adaptando-se às necessidades que surjam em cada momento.

Tendo em conta o propósito do presente artigo, dirigiremos, então, o nosso olhar para o enquadramento dos grupos de sociedades no âmbito do Direito das Sociedades Comerciais para que, partindo de uma lógica de direito constituído, possamos oferecer um contributo útil no plano do direito a constituir.

3. Os grupos de sociedades no Código das Sociedades Comerciais

A base normativa respeitante aos grupos de sociedades pode ser encontrada no Código das Sociedades Comerciais, concretamente no Titulo VI, dedicado às sociedades coligadas e que abarca não só as relações de grupo (artigos 488º e seguintes), mas também as sociedades em relação de simples participação (artigos 483º e 484º), de participações recíprocas (artigo 485º) e de domínio (artigos 486º e 487º)[10].

Na origem de uma relação de grupo pode estar, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, uma situação de domínio total (artigos 488º a 491º), um contrato de grupo paritário (artigo 492º) ou, por fim, um contrato de subordinação (artigos 493º a 508º)[11]. No que respeita às operações de domínio total, estas podem assumir um carácter inicial (artigo 489º) ou superveniente (artigo 489º), estabelecendo-se uma relação de grupo por domínio total inicial quando uma sociedade constitui e detém a totalidade do capital de outra sociedade, sendo que a constituição desta segunda sociedade deve ser realizada em observância aos requisitos relativos à constituição das sociedades anónimas (artigo 488º, n.º 1 e 2). Por outro lado, institui-se uma relação de domínio total superveniente quando uma

[10] Sobre o regime jurídico das sociedades coligadas no âmbito do direito nacional, v. José Engrácia Antunes, The Law of Affiliated Companies in Portugal, in *I Gruppi di Società,* Veneza, Giuffrè, 1996, p. 355-388 e Ana Perestrelo de Oliveira, *O Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 1209 e ss.

[11] O âmbito de aplicação pessoal do regime previsto no Titulo VI do Código das Sociedades Comerciais é objecto de algumas limitações. De acordo com o artigo 481º do Código das Sociedades Comerciais, as normas incluídas no referido Titulo VI aplicam-se, unicamente, às relações estabelecidas entre sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por acções. Ficam, portanto, de fora do âmbito de aplicação destas disposições, as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples, opção legislativa que tem sido objecto de crítica no seio da doutrina nacional (Ana Perestrelo de Oliveira, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 1210 e ss.). Para além desta limitação de âmbito pessoal, acresce uma outra limitação de âmbito territorial, uma vez que, salvo algumas excepções (nos termos das alíneas a) a d), do n.º 2 do artigo 481º), as normas respeitantes à regulação das sociedades coligadas são apenas aplicáveis às sociedades com sede em Portugal.

sociedade, de forma directa ou indirecta, obtém o domínio total sobre outra sociedade (artigo 489º)[12].

O segundo mecanismo legalmente previsto para a constituição de um grupo de sociedades é o contrato de grupo paritário (artigo 492º). A especificidade deste instrumento contratual reside na inexistência de uma situação de dependência entre as sociedades contratantes. Ou seja, destina-se às relações entre sociedades que, não estando numa situação de dependência entre si, nem face a terceiros, aceitem submeter-se a uma direcção económica unitária e comum. Perante a ausência de uma relação hierárquica entre as sociedades agrupadas, facilmente se compreende que as orientações que compõem essa direcção económica unitária não emanem de uma sociedade-mãe propriamente dita, mas antes resultem de uma de duas circunstâncias: ou a direcção unitária é acordada por todas as sociedades agrupadas, formal ou informalmente; ou a constituição de um grupo de sociedades por meio de contrato de grupo paritário é feita concomitantemente com a instituição de um órgão comum responsável pela definição dessa orientação unitária. Neste último caso, a lei portuguesa impõe, todavia, quando tal órgão de direcção ou coordenação seja instituído, que todas as sociedades agrupadas nele participem em condições de igualdade (artigo 492º, n.º 4).

O último mecanismo previsto no Código das Sociedades Comerciais destinado à constituição de relações de grupo é o contrato de subordinação (artigo 493º). Nos termos da lei, por meio de tal contrato uma sociedade pode aceitar subordinar a gestão da própria actividade à direcção de uma outra sociedade, sendo que esta última forma um grupo com todas as sociedades por ela dirigidas e por ela integralmente dominadas. Por outras palavras, o contrato de subordinação possibilita a criação dos habitualmente designados *grupos verticais* ou de *subordinação*[13], em virtude da instituição de uma relação hierárquica que possibilita à sociedade-mãe o exercício de um determinado grau de controlo relativamente à gestão da actividade das sociedades-filhas.

A constituição de estruturas plurissocietárias de subordinação tem como inevitável consequência a limitação da autonomia das sociedades agrupadas que, relembre-se, apesar de

[12] Especial referência deve ser feita ao regime estabelecido para as situações em que uma sociedade adquire, de forma directa ou indirecta, uma participação superior a 90% do capital de outra sociedade, denominadas aquisições tendentes ao domínio total. No âmbito destas operações, concede-se à sociedade dominante (adquirente) a possibilidade de fazer uma oferta de aquisição das participações aos restantes sócios, da mesma forma que se atribui aos sócios livres a possibilidade de exigir que a aquisição de tais participações por parte da sociedade dominante seja realizada - um autêntico direito de alienação potestativa das participações sociais (artigo 490º). Sobre esta matéria, v. J.M Coutinho de Abreu e Alexandre Soveral Martins, *Grupos de Sociedades – Aquisições tendentes ao domínio total*, Coimbra, Almedina, 2003.

[13] Sobre os *grupos verticais* ou de *subordinação* v. José Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades,* op. cit., p. 80 e ss.

submeterem a gestão da sua própria actividade à direcção de uma outra sociedade, mantêm-se como sujeitos jurídicos autónomos. Por esse motivo, o legislador nacional rodeou de algumas cautelas a formação deste tipo de grupos, estabelecendo critérios para a formalização de tais contratos, estipulando os direitos e obrigações da sociedade-mãe, os direitos dos sócios livres e, ainda, as prerrogativas das sociedades subordinadas.

Desde logo, o legislador português impôs à sociedade directora uma obrigação de natureza alternativa em relação aos sócios livres da sociedade subordinada[14], uma vez que, nos termos do artigo 494º, com o contrato de subordinação, a sociedade-mãe compromete-se com a aquisição das participações sociais dos sócios livres da sociedade subordinada, mediante justa contrapartida (artigo 494º, n.º 1, alínea a)), ou, então, a garantir os seus lucros (artigo 494º, n.º 1, alínea b)), cabendo aos sócios livres optarem pela manutenção da sua permanência na sociedade ou, ao invés, pela cessação da sua posição de sócio. É, também, prerrogativa dos sócios livres a possibilidade de se oporem à celebração do contrato de subordinação, invocando quer a violação da lei, quer a insuficiência da contrapartida oferecida (artigo 497º, n.º 1), sendo que, caso tais oposições sejam deduzidas (as quais devem seguir a forma prevista para a oposição de credores nos casos de fusão de sociedades), as sociedades contratantes se encontram proibidas de celebrar qualquer contrato de subordinação antes que aquelas sejam decididas. Para uma efectiva protecção dos direitos dos sócios livres, é-lhes concedido um prazo de 90 dias após a última das publicações do anúncio das deliberações ou a recepção de carta registada para deduzir tal oposição, sendo que o contrato não pode ser celebrado sem que tal prazo tenha decorrido.

Quanto aos sócios livres que não tenham deduzido oposição, a partir do momento em que tomam conhecimento da intenção de ser celebrado o contrato de subordinação, têm o direito de optar pela alienação das suas participações sociais ou, então, pela garantia dos seus lucros[15]. A *ratio* destes direitos reside na circunstância de a celebração de um contrato de subordinação resultar num enfraquecimento da posição social e patrimonial do sócio da sociedade subordinada, pelo que se compreende a previsão de um mecanismo de "*way out*" para os sócios que, vendo a sua posição fragilizada, consideram já não ser de seu interesse a

[14] Os sócios livres são definidos, nos termos do artigo 494º, n.º 2, como "*todos os sócios ou accionistas da sociedade subordinada*". Tal definição vem acompanhada de uma lista taxativa de sócios que não se incluem em tal categoria.

[15] A garantia de lucros é calculada com base na diferença entre o lucro realizado e a mais elevada de uma das seguintes importâncias: a média dos lucros auferidos pelos sócios livres nos três exercícios anteriores ao contrato de subordinação; ou o lucro que seria auferido por quotas ou acções da sociedade subordinante, no casos de terem sido por ela trocadas as participações sociais daqueles sócios (artigo 500º, n.º 1, alíneas a) e b) do Código das Sociedades Comerciais).

manutenção do vínculo que os liga à sociedade subordinada, bem como tutelar aqueles que, apesar disso, optam por manter tal vínculo[16].

E quanto aos sócios que deduziram oposição à celebração do contrato de subordinação? Como opera o seu direito de escolha? De acordo com o artigo 499º, n.º 2, também a estes é garantida a possibilidade de escolher entre a alienação das suas quotas ou acções ou a garantia de lucro, sendo que tal direito deve ser exercido no prazo de três meses após o trânsito em julgado das respectivas sentenças. Se, porventura, o motivo que originou a oposição dos sócios livres consistiu na insuficiência da contrapartida oferecida pela sociedade directora ou dos lucros garantidos, o artigo 497º, n.º 4 estabelece que, caso os valores em causa sejam objecto de fixação judicial, a decisão do tribunal aproveita a todos os sócios livres e não apenas aos que tenham deduzido oposição.

A celebração do contrato de subordinação depende ainda, nos termos dos artigos 495º e 496º, da observância das seguintes etapas: elaboração do projecto de contrato; fiscalização de tal projecto; discussão; e aprovação. Nos termos do artigo 495º, o projecto de contrato de subordinação deve ser elaborado pelas administrações das sociedades envolvidas no processo - em conjunto - onde deve ser feita clara referência a todos os elementos necessários para a plena compreensão dos motivos que representam a base da operação a realizar. Esse projecto será, depois, objecto de fiscalização por parte de cada sociedade participante, nos termos previstos para a fiscalização do projecto de fusão de sociedades (artigo 99º, por remissão do artigo 496º). O projecto de contrato é, posteriormente, sujeito a apreciação dos sócios de cada uma das sociedades participantes, sendo que, para esse efeito, é objecto de registo e publicação, sendo convocada assembleia geral de cada uma das sociedades para que, em cada uma delas, possa o projecto ser discutido e deliberado (artigo 100º, por remissão do artigo 496º). Convocada regularmente, a assembleia deve decorrer nos termos do artigo 102º.

Para uma discussão profícua e uma deliberação em consciência, bem como por forma a garantir a transparência de todo o processo, a partir do momento em que o projecto de contrato é registado e publicado, é assegurado o acesso para consulta de documentos relacionados com a operação aos sócios, credores, e representantes dos trabalhadores (ou aos próprios trabalhadores, quando tais representantes não existirem), nos termos do artigo 101º. Realizada a assembleia geral de cada uma das sociedades envolvidas no processo

[16] Se, em virtude da celebração do contrato de subordinação com a respectiva aquisição das participações dos sócios livres ou no decorrer da relação de grupo, a sociedade directora obtenha, directa ou indirectamente, uma posição de domínio total sobre a sociedade subordinada, passa a vigorar o regime previsto para os grupos constituídos por domínio total, com a consequente caducidade das deliberações entretanto tomadas ou a própria cessação do contrato de subordinação (artigo 507º),

negocial, a deliberação relativa à aprovação ou não do projecto de contrato deve seguir os termos prescritos para a alteração do contrato de sociedade (artigo 103º). Uma vez realizada a deliberação, o resultado da mesma é comunicado aos respectivos sócios. Nos casos em que se esteja perante sócios de sociedades por quotas ou titulares de acções nominativas, tal comunicação é realizada por meio de carta registada. Nos restantes casos, a comunicação opera por meio de anúncio (artigo 496º, n.º 3).

Feita a referida comunicação, abre-se, aqui, uma janela de oportunidade para os sócios livres que, tal como foi acima mencionado, dispõem da possibilidade de se opor à celebração do contrato de subordinação, sendo-lhes concedidos 90 dias para a tomada de tal posição (artigo 497º). Se, porventura, nenhuma oposição for deduzida ou se, por outro lado, as oposições que houverem sido apresentadas tiverem sido julgadas improcedentes, celebrar-se-á o contrato em causa, o qual deve ser reduzido a escrito, registado por depósito pelas sociedades participantes e publicado (artigo 498º).

Celebrado o contrato, inicia-se, então, uma relação de subordinação entre as sociedades contratantes. A integração numa estrutura plurissocietária de carácter vertical tem indubitáveis repercussões na vida societária das sociedades subordinadas, dado que estas, apesar de se manterem como sujeitos jurídicos autónomos, abdicam de parte da sua autonomia económica e financeira que passa a estar intimamente dependente da politica unitária que une todo o grupo[17]. As consequências que daqui decorrem não afectam unicamente as sociedades subordinadas, estendendo-se, também, aos próprios credores. Tendo presente tal realidade, andou bem o legislador no estabelecimento de algumas salvaguardas aptas à protecção quer da sociedade subordinada, quer dos seus credores.

A primeira das salvaguardas previstas é orientada para a tutela dos direitos dos credores da sociedade subordinada, estabelecendo-se no artigo 501º a responsabilidade da sociedade directora pelas obrigações das sociedades-filhas. Tal responsabilidade mantem-se enquanto for válido o contrato de subordinação e abrange todas as obrigações da sociedade subordinada, quer tenham sido constituídas antes ou depois da celebração de tal contrato. Apesar da sua grande extensão, a efectivação de tal responsabilidade depende da verificação de alguns pressupostos. Desde logo, nos termos do artigo 501º, n.º 2, só após decorridos 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada é que pode ser exigida a responsabilidade da sociedade directora. Para além disso, fica vedada qualquer tentativa de

[17] Exemplo disso é a possibilidade de o contrato de subordinação poder incluir uma convenção por meio da qual a sociedade subordinada se obriga a atribuir os seus lucros à sociedade directora ou a outra sociedade que integre a estrutura plurissocietária (artigo 508º, do CSC).

mover acção executiva contra a sociedade directora com base em título executivo apenas exequível contra a sociedade subordinada (n.º 3 do artigo 501º).

Já o artigo 502º tem como principal objectivo a protecção da sociedade subordinada. Nos termos de tal norma, por mero efeito do contrato de subordinação, fica a sociedade subordinada investida na prerrogativa de exigir que a sociedade directora compense as perdas anuais que se verifiquem durante a vigência do contrato de subordinação, sempre que tal compensação não tenha sido possível por meio de recurso às reservas que tenham sido constituídas durante o mesmo período. Trata-se de uma garantia dotada de grande extensão, dado que, ao não se fazer qualquer ressalva quanto à razão das perdas em causa, o artigo 502º investe a sociedade directora na obrigação de compensar as perdas verificadas pela sociedade subordinada, independentemente do motivo que lhes tenha dado origem.

A amplitude desta prerrogativa é, todavia, objecto de limitação temporal, uma vez que, de acordo com o n.º 2 do artigo 502º, só após o termo de contrato de subordinação é que pode a responsabilidade por perdas ser exigível. Mas, visto que toda a regra tem a sua excepção, o legislador não deixou de estabelecer, na última parte do artigo em análise, a possibilidade da sociedade subordinada exigir, durante a vigência de contrato, a compensação das perdas anuais[18]. Tal excepção só operará nos casos em que a sociedade subordinada seja declarada insolvente[19].

As preocupações em torno da protecção da sociedade subordinada e dos seus credores são ainda mais justificadas quando atentamos no conteúdo do artigo 503º do CSC. Nos termos deste artigo, a partir do momento em que é celebrado o contrato de subordinação, à sociedade directora é garantida a possibilidade de emitir instruções com carácter vinculativo para a administração da sociedade subordinada, instruções essas que podem, inclusive, assumir carácter desvantajoso para esta última. Neste caso, tais instruções devem ser aptas a servir os interesses da sociedade directora ou das outras sociedades do grupo. Admite-se, assim, que a sociedade subordinada seja instrumentalizada em favor de

---

[18] Para mais desenvolvimentos no que toca aos mecanismos previstos nos artigos 501º e 502º do CSC, v. Ana Perestrelo de Oliveira*, Os grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério unitário de solução do "conflito de grupo*", Coimbra, Almedina, 2011, p. 550 e seguintes.

[19] A norma necessita, neste aspecto em concreto, de ser interpretada correctivamente, sob pena de perder o seu sentido material. Na realidade, nos termos do artigo 506º, n.º 3, al. a) do CSC, a dissolução de alguma das sociedades determina a cessação do contrato de subordinação, sendo que a declaração de insolvência de uma sociedade é motivo para a sua dissolução imediata (artigo 141º, n.º 1, al. e) do CSC). Caso a norma fosse interpretada literalmente, não haveria qualquer excepção à norma geral, dado que declarada a insolvência, o direito à compensação será exigível nos termos gerais do artigo em análise. Assim, e de acordo com Ana Perestrelo de Oliveira, crê-se que o objectivo da norma se prende com a possibilidade de admitir o recurso a este direito a compensação quando se verifique uma situação de insolvente iminente, mas ainda não declarada judicialmente. V. Ana Perestrelo de Oliveira, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, op. cit. p. 1301.

um suposto "interesse de grupo" que se sobrepõe, desta forma, ao interesse próprio de cada sociedade agrupada.

Ainda no âmbito deste "direito à emissão de instruções", nota para a parte final do n.º 2 do artigo 503º, segundo o qual, em nenhuma circunstância serão lícitas as instruções destinadas à prática de actos proibidos por disposições legais não respeitantes ao funcionamento de sociedades, bem como para o n.º 4 do mesmo artigo, em que se veda à sociedade directora a possibilidade de determinar a transferência de bens que integrem o activo da sociedade subordinada para a esfera patrimonial de outras sociedades do mesmo grupo, sem que haja justa contrapartida[20].

Dentro das instruções lícitas com carácter vinculativo, o n.º 3 do artigo 503º estabelece a solução para possíveis situações de conflito intragrupo. No seio das relações entre membros do mesmo grupo, facilmente nos deparamos com a ocorrência de situações em que a sociedade directora, no âmbito do seu poder de direcção, instrui a administração da sociedade subordinada à prática de um acto ou à celebração de um determinado negócio. Todavia, *quid iuris* para as situações em que a prática de tal acto ou a celebração do respectivo negócio depende do parecer ou consentimento de um outro órgão da sociedade subordinada que se recusa a prestá-lo?

Tendo consciência desta possibilidade, o legislador procedeu à introdução de uma solução apta a resolver eventuais impasses. Nos termos do n.º 3 do artigo 503º, perante a recusa do órgão da sociedade subordinada que, por lei ou contrato, é dotado de competência para a prestar parecer ou consentir na prática de um acto ou negócio jurídico, as instruções da sociedade directora devem, mesmo assim, ser atendidas se, perante tal recusa, aquelas forem repetidas e acompanhadas do respectivo parecer favorável ou consentimento do órgão correspondente da sociedade directora, nos casos em que exista.

O Código das Sociedades Comerciais reserva o seu artigo 504º à definição dos deveres e responsabilidades dos membros dos órgãos de administração da sociedade directora e das sociedades subordinadas, apresentando esta norma uma estrutura tripartida: deveres e responsabilidades dos administradores da sociedade directora perante o grupo; deveres e responsabilidades dos administradores da sociedade directora perante as sociedades subordinadas; deveres e responsabilidades dos membros do órgão de administração da sociedade subordinada.

[20] Sobre este aspecto, v. Ana. Perestrelo de Oliveira, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, op. cit. p. 1305 e ss.

No n.º 1 do referido artigo começa o legislador por impor aos membros do órgão de administração da sociedade directora o dever de adoptarem em relação ao grupo a diligência exigida por lei quanto à administração da sociedade à qual se encontram legalmente vinculados. Opera-se, assim, um alargamento do conteúdo do artigo 64º do CSC, em que se estabelecem os deveres fundamentais dos gerentes ou administradores da sociedade. Conjugados os artigos 64º e 504º, ficam os membros do órgão de administração da sociedade directora vinculados a deveres de cuidado e a deveres de lealdade perante a sociedade, em particular, e perante a estrutura plurissocietária, em geral.

Todavia, para além dos deveres e responsabilidades perante o grupo, o n.º 2 do artigo 504º estabelece, igualmente, a responsabilidade dos administradores da sociedade directora perante as sociedades subordinadas, nos termos dos artigos 72º a 77º do CSC. Assim, da mesma forma que os gerentes e administradores respondem perante a sociedade que administram pelos danos a esta causados (excepto nas situações previstas nos n.º 2 e n.º 3 do artigo 72º), também os administradores da sociedade directora são civilmente responsáveis pelos danos resultantes dos acto ou omissões que pratiquem em inobservância dos seus deveres legais ou contratuais e dos quais decorram efectivos danos para a sociedade subordinada. A acção para a efectivação de tal responsabilidade está na disposição de qualquer sócio ou accionista livre da sociedade subordinada.

O n.º 3 do artigo 504º é, por fim, reservado aos deveres e responsabilidades dos membros do órgão de administração da sociedade subordinada, norma que difere das restantes uma vez que se encontra construída pela negativa. De acordo com o referido artigo, os administradores ou gerentes da sociedade subordinada não podem ser responsabilizados pelos actos ou omissões praticados na sequência da execução de instruções lícitas que hajam recebido por parte da sociedade directora. Daqui, duas conclusões podem ser retiradas: a) em primeiro lugar, haverá lugar a responsabilização dos administradores da sociedade subordinada pelo não cumprimento de instruções lícitas que hajam recebido por parte da sociedade directora; b) em segundo lugar, haverá, também, lugar à responsabilização dos membros do órgão de administração das sociedades subordinadas pelos actos ou omissões praticados na sequência de instruções ilícitas que hajam recebido. Apesar destas duas hipóteses não estarem expressamente previstas no texto legal, a interpretação aqui oferecida é a única consentânea com os propósitos em torno da construção de uma efectiva estrutura plurissocietária, ao mesmo tempo que previne eventuais situações de desresponsabilização pela prática de actos ilícitos.

Por fim, os artigos 505º e 506º são reservados às matérias da modificação e cessação do contrato de subordinação. Quanto à modificação do referido contrato, as alterações devem ser deliberadas pelas assembleias gerais das sociedades contratantes, nos termos exigidos para a celebração do mesmo (conforme artigo 103º, por remissão do artigo 496º), e reduzidas a escrito. Quanto à cessação do contrato, a mesma pode ocorrer por: resolução, dissolução, caducidade, sentença judicial ou denúncia.

4. O futuro do direito dos grupos de sociedades. Por uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário.

Feito este breve excurso introdutório ao fenómeno dos grupos de sociedades e ao regime jurídico presente no Código das Sociedades Comerciais Português a ele dedicado, o leitor atento estará, agora, munido dos instrumentos necessários para nos acompanhar na reflexão crítica que constituirá a base deste último capítulo.

A estrutura plurissocietária, tal como a conhecemos, é o resultado da evolução jurídico-económica verificada, essencialmente, após a Revolução Industrial. Os desafios inerentes a esta organização societária reclamaram a atenção do legislador nacional, que, em conformidade, optou por incluir na redacção final do Código das Sociedades Comerciais um conjunto normativo especificamente dedicado aos grupos de sociedades. Integrado na categoria ampla das "Sociedades Coligadas", os grupos de sociedades são, assim, encarados pelo legislador como uma modalidade de relação intersocietária, a par das relações de simples participação, participações reciprocas e relações de domínio.

Como tivemos a oportunidade de observar, o regime jurídico das estruturas plurissocietárias actualmente vigente no ordenamento jurídico nacional assenta a sua base nos instrumentos jurídicos que, na perspectiva do legislador, são aptos a dar forma ao grupo. A opção foi, assim, por um critério formal, isto é, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, o grupo de sociedades apenas existe quando, na sua origem, se encontre uma relação de domínio total, um contrato de grupo paritário ou um contrato de subordinação. Os inegáveis benefícios desta opção em termos de segurança jurídica traduzem-se, por outro lado, em indubitáveis prejuízos no que concerne à efectiva capacidade do regime jurídico fazer face aos reais desafios das estruturas plurissocietárias.

Os grupos de sociedades caracterizam-se pela sua flexibilidade e mutabilidade, adaptando-se facilmente às necessidades do mercado ou do próprio agente económico e, como tal, não pode o legislador pretender regular um fenómeno desta natureza estritamente

com recurso a critérios rígidos, estáticos. O critério formal adoptado pelo Código das Sociedades Comerciais é, assim, insuficiente. Isto porque, na verdade, apesar de incluídos na categoria ampla de "sociedades coligadas", as estruturas plurissocietárias não se assumem, simplesmente, como mais uma modalidade de relação intersocietária. Antes ultrapassam-na, transcendem-na, superando as fronteiras da sua existência singular para se tornarem numa entidade suprasocietária que, apesar de desprovida de individualidade jurídica, se assume como uma unidade económica.

Os desafios que estruturas desta natureza levantam e aos quais os artigos 488º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais pretendem responder estão intimamente associados a esse carácter de unidade a que aludimos e não tanto aos instrumentos jurídicos aptos a constituir a relação de grupo, sendo que é a efectiva existência dessa unidade económica que justifica a necessidade de normas como as previstas nos artigos 501º e seguintes do CSC. Olhar para o fenómeno plurissocietário apenas pela "lente" do critério formal culimará, na realidade, em resultados perversos. Vejamos porquê.

Analisado o regime jurídico dedicado aos grupos de sociedades, verificamos que parte substancial das normas a que acima fizemos referência se enquadram na secção dedicada às relações de subordinação. Na verdade, a figura paradigmática do grupo de sociedades envolve uma relação hierárquica dentro da qual a sociedade-mãe, ou directora, dispõe de uma importante margem de actuação no que concerne à gestão das sociedades-filhas ou subordinadas. Compreendem-se, por isso, os motivos que levaram o legislador nacional a rodear de algumas cautelas as estruturas plurissocietárias que partilham desta característica, tendo em conta que a partir do momento em que uma sociedade integra um grupo de sociedades verá a sua autonomia económica ser objecto de limitação. Encontra-se, assim, justificado o conjunto de prerrogativas que assistem aos sócios livres da sociedade subordinada, os mecanismos de responsabilização da sociedade directora pelas perdas da sociedade subordinada e perante os credores desta última, a imposição de limites no que toca à emissão de instruções e ainda o estabelecimento de regras quanto aos deveres dos administradores das sociedades envolvidas.

A verdade, todavia, é que o regime jurídico, tal como previsto, é susceptível de originar situações injustas que, na nossa perspectiva, justificam uma nova abordagem ao fenómeno jurídico plurissocietário. Quando olhamos para os mecanismos previstos nos artigos 501º e seguintes do Código das Sociedades Comercias é com facilidade que identificamos as inquietações do legislador que estiveram na base destas normas. No entanto, concluir, sem mais, que a simples celebração de um contrato de subordinação se traduz na

verificação fáctica das circunstâncias que estão na base da inquietação do legislador afigura-se um raciocínio errado e redutor.

O contrato de subordinação assume-se, apenas, como instrumento jurídico por meio do qual uma sociedade aceita subordinar a gestão da sua actividade à direcção de uma outra sociedade, formalizando, desta forma a relação de grupo. Mas, em abstracto, não existe uma modalidade *one size fits all* no que toca à estrutura de grupo de subordinação, podendo essa estrutura ser mais intensa ou menos intensa, consoante as opções gestionárias da sociedade directora, ou seja, consoante a dimensão e intensidade da direcção unitária implementada no seio do grupo. Por outras palavras, a relação de subordinação será mais ou menos intensa consoante o grau de centralização de estrutura de grupo. E é precisamente aqui que reside o *core* da questão plurissocietária. Será o grau de centralização da estrutura plurissocietária que irá determinar se a mesma funcionará como uma verdadeira unidade económica, um grupo de sociedades no seu verdadeiro sentido, assim como é esse grau de centralização que representa a base dos problemas que fundamentam as preocupações do legislador.

Na realidade, só faz sentido conceder os direitos previstos no artigo 499º aos sócios livres e responsabilizar a sociedade-mãe nos termos dos artigos 501º e 502º do Código das Sociedades Comerciais, por exemplo, quando se está perante uma estrutura centralizada dado que apenas nestas situações é que a autonomia da sociedade subordinada se encontra condicionada a um nível que justifique especial tutela. A opção do legislador em se guiar apenas pela existência de um contrato de subordinação para fundamentar tais direitos ou tais mecanismos de responsabilidade pode, inclusive, resultar na circunstância da sociedade-mãe poder vir a ser responsabilizada perante os credores da sociedade-subordinada ou, até, pelas perdas anuais desta última mesmo quando a sociedade subordinada conserva um amplo grau de autonomia na determinação da sua gestão quotidiana, ou seja, quando estamos perante um grupo sem uma estrutura centralizada em que a sociedade-mãe apenas demonstra uma influência residual sobre a gestão da sociedade-subordinada. Neste caso, não se encontram reunidas as determinantes que justificam a tutela da sociedade subordinada e, como tal, não se afigura como correcta a aplicação destas normas. Assim, uma eficiente regulação do fenómeno jurídico plurissocietário exige que o legislador olhe para os grupos para além do puro formalismo, atentando, também, na intensidade da sua unidade económica.

A insuficiência da opção do legislador verifica-se, ainda, numa outra vertente. A existência de um grupo de sociedades, nos termos da legislação vigente, está, como vimos, dependente do instrumento jurídico utilizado. Vimos também, que a identidade do fenómeno plurissocietário reside nas suas principais características: independência jurídica

das sociedades agrupadas; existência de uma direcção económica unitária; e a existência de mecanismos de controlo. Todavia, não é, de todo, descabida a hipótese de se verificarem tais características no seio de uma estrutura plurissocietária, mesmo quando na sua base não se encontre uma relação de domínio total, de contrato de grupo paritário ou de subordinação. Por outras palavras, a existência de um autêntico grupo de sociedades, em função das características elencadas, não se encontra indissociavelmente ligada aos instrumentos indicados no Código das Sociedades Comerciais.

Ao fazer depender a existência de um grupo da verificação de uma relação de domínio total ou da celebração de um contrato de grupo paritário ou de subordinação, a legislação vigente acaba por excluir do seu âmbito todas as estruturas plurissocietárias que, partilhando das características acima definidas, não se constituíram nos termos do Código das Sociedades Comerciais. A solução adoptada é, na realidade, susceptível de promover comportamentos fraudulentos, dado que basta não recorrer aos instrumentos previstos na lei no que toca à constituição de grupos de sociedades para que, por exemplo, os mecanismos de responsabilização previstos nos artigos 501º e 502º do Código das Sociedades Comerciais não sejam directamente aplicáveis.

Por meio desta exposição pretendemos lançar as bases para uma nova abordagem jurídico-societária ao fenómeno dos grupos de sociedades. A complexidade e mutabilidade destas estruturas justificam uma intervenção mais aprofundada do legislador nacional, o qual deve olhar para estas estruturas não como uma simples modalidade de relação intersocietária, mas como uma unidade económica, com os desafios que daí decorrem. Estamos conscientes das inúmeras questões que esta breve reflexão acaba por suscitar e sobre as quais não nos podemos, aqui, debruçar com a devida detença. Tais interrogações irão, todavia, merecer a nossa atenção em futuras publicações. Abrimos, assim, uma caixa de Pandora, cujo conteúdo apenas agora começamos a explorar.

5. Bibliografia

- José Engrácia Antunes, *Os grupos de sociedades : estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 2002;

The Law of Affiliated Companies in Portugal, in *I Gruppi di Società Atti del Covegno Internazionale di Studi,* Veneza, Giuffrè, 1996;

Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in Us, German and EU Law, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation, 1994;

- Medina Carreira, *Concentração de empresas e grupos de sociedades – Aspectos históricos, económicos e jurídicos*, Porto, Edições ASA, 1992;

- Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial – Vol. II*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2009;
- Jorge Manuel Coutinho de Abreu e Alexandre Soveral Martins, *Grupos de Sociedades – Aquisições tendentes ao domínio total*, Coimbra, Almedina, 2003;
- Raúl Ventura, *Fusão, Cisão*, *Transformação de Sociedades,* Coimbra, Almedina, 1999;
- Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Grupos de Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2016;

O Código das Sociedades Comerciais Anotado, (coord. Menezes Cordeiro), Coimbra, Almedina, 2011;

Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério unitário de solução do "conflito de grupo", Coimbra, Almedina, 2012

O papel das Centrais Sindicais no modelo sindical brasileiro

Fernando Augusto Melo Colussi[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações iniciais sobre as centrais sindicais. 3. O surgimento das centrais sindicais no Brasil. 4. As centrais sindicais e a Constituição Federal Brasileira de 1988. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

As centrais sindicais, em que pese sua importância no Direito sindical brasileiro – uma vez que sua própria existência se dá à luz de princípios que regem esta seara, tais como o da liberdade e autonomia sindical –, não possuem, pela jurisprudência, tal reconhecimento.

Nesse sentido, faz-se mister um olhar aprofundado sobre este coadjuvante do sistema sindical brasileiro, apesar de não fazer parte do modelo corporativista que vige no país (composto por uma pirâmide, constituída pelos sindicatos, federações e confederações).

Para tanto, o presente artigo propõe-se a apresentar e contextualizar as centrais sindicais, lançando à mão de conceitos e delineando um histórico do seu surgimento e desenvolvimento para que, por derradeiro, seja possível situar a função das centrais no ordenamento jurídico vigente.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE AS CENTRAIS SINDICAIS

As centrais sindicais, as quais são melhor discorridas no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 11.648/08, são entidades de representação geral dos trabalhadores. Elas possuem abrangência em todo território, e a elas é atribuída a função de coordenar a representação dos trabalhadores (aqui compreendidos como todas as profissões, ramos de atividade e categorias). São de sua prerrogativa a participação de negociações quando houver

[1] Advogado. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Ministério Público, FMP. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS

interesse dos trabalhadores[2], e pode-se citar como exemplos de centrais sindicais a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a Força Sindical e o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT).

Tais entes figuram como a maior unidade representativa de trabalhadores na organização sindical, como entidades de cúpula, e estão acima das confederações, federações e sindicatos[3]. A elas aderem não apenas os trabalhadores, mas entidades de primeiro grau que os representam, e de segundo grau que integram os sindicatos: representam, assim, sindicatos, federações e confederações de mais de uma categoria, posicionando-se como "organizações intercategoriais", também chamadas de "representação intersindical dos trabalhadores[4].

Destaque-se que elas não fazem parte do modelo corporativista, formado por sindicatos, federações e confederações – Delgado chega a referir que as centrais sindicais seriam até seu contraponto, visto que buscam superar este modelo[5]. Contudo, com a superveniência da Lei nº 11.648/08, hoje pode-se dizer que as centrais sindicais não deixam de ser uma espécie de ente sindical, assim como os sindicatos, federações e confederações também o são.

Para Amauri Mascaro Nascimento,

> as Centrais são organizações conexas ao sistema confederativo, pela sua natureza, atribuições e finalidade. São associações supracategoriais, mas o seu embrião forma-se na estrutura sindical que as suporta[6].

Delgado complementa, aduzindo que elas constituem a estrutura sindical brasileira, de modo que, sob o prisma social, político e ideológico, são norteadoras do próprio movimento sindical.[7] Ainda, possuem relevante participação para a democracia atual, na medida em que demarcam limites gerais de atuação para o sindicalismo (expandindo-o social

[2] KALIL, Renan Bernardi. *As entidades sindicais no ordenamento jurídico brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 out. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39873&seo=1>. Acesso em: 11 nov. 2014.
[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Compêndio de direito sindical. 6. ed. LTr: São Paulo, 2008
[4] Idem.
[5] DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.
[6] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit. p. 267.
[7] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTR, 2018.

e geograficamente) e, mais ainda, participam do diálogo entre as forças institucionais brasileiras – tanto as de natureza pública, quanto as de natureza privada[8].

O artigo 1º, e parágrafo único, da Lei nº 11.648/08 acrescenta que a central sindical, enquanto entidade de representação dos trabalhadores, é constituída por organizações sindicais registradas no respectivo órgão, possuindo natureza de direito privado.

Para sua criação, devem ser atendidos os requisitos mínimos do artigo 2º da mesma lei, cujo preenchimento será averiguado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, conforme indica o artigo 4º.

São, portanto, os pressupostos a serem cumpridos: filiação de, no mínimo, 100 sindicatos distribuídos nas cinco regiões do país; filiação em pelo menos três regiões do país de, no mínimo, 20 sindicatos cada; filiação de sindicatos em, no mínimo, cinco setores de atividade econômica; filiação de sindicatos que representem, no mínimo, sete por cento do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional.

Tais requisitos, vale dizer, foram criados com o intuito de restringir a ampla criação de centrais sindicatos, os quais se multiplicavam exponencialmente em período anterior à promulgação da respectiva lei.

3 O SURGIMENTO DAS CENTRAIS SINDICAIS NO BRASIL.

No Brasil, as centrais sindicais passaram a ganhar maior notoriedade com a criação da CUT, logo no começo da década de 80, muito embora seja inegável a existência de tentativas de formação de outras organizações intersindicais, que remontam ao início do século XX.

A CUT surgiu após a realização da primeira Conferência Nacional da Classe Trabalhadora (Conclat), em 1981, que criou uma Comissão Nacional Pró-CUT e estabeleceu para o ano seguinte o primeiro Congresso Nacional da Classe Trabalhadora (com a mesma sigla), ocasião na qual seria criada tal central, objetivando ser o órgão máximo de representação dos trabalhadores brasileiros[9].

Contudo, em virtude de diversas divergências na Comissão (causadas entre o "Bloco Combativo", comandado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo, e o "Bloco da Reforma", que abrangia o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, Federações,

[8] Ibidem.
[9] DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit.

Confederações e partidos comunistas), o Conclat de 1982 não ocorreu. Foi apenas no ano seguinte que ele foi realizado, por movimentação do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo, ocasião em que foi criada a CUT, norteada pela autonomia e liberdade sindical, organização por ramo da atividade produtiva e por local de trabalho.

Ainda no Conclat de 1983, foi criada a Coordenação Nacional da Classe Trabalhadora. Dois anos após, foi revogada a norma que vedava a formação de centrais sindicais, em virtude da superveniência da Portaria n. 3.100/1985, servindo como marco inicial no que tange ao avanço das centrais sindicais no ordenamento jurídico brasileiro[10].

Já em 1986, foi criada a CGT, a qual era independente de estados, partidos políticos, e organizações religiosas, e buscava "lutar contra a exploração do capital, em busca da paz, do progresso, da democracia e da independência nacional". Posteriormente, a CGT originou a Central Geral dos Trabalhadores do Brasil (CGTB)[11].

É pertinente destacar que esses movimentos que deram origem às primeiras centrais sindicais (de acordo com sua concepção moderna) ocorreram antes da Constituição Federal de 1988 – que é notoriamente um marco no que tange à liberdade sindical, ao afastar a interferência e intervenção[12] do Poder Público em sua criação, administração e funcionamento.

Amauri Mascaro Nascimento correlaciona o surgimento das centrais sindicais ao término do sistema ditatorial no Brasil, aludindo ao fato de que o Estado passou a ter maior tolerância, de modo a não reprimir o surgimento destas, inclusive como reflexo da democracia demandada pelo povo à época[13].

4 AS CENTRAIS SINDICAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

Como referido alhures, a Constituição Federal de 1988 foi um marco histórico no que tange aos sindicatos, que até então sofriam forte intervenção do Estado, principalmente em razão do regime político então praticado no Brasil.

[10] DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit.
[11] ARAUJO, Edson Gramuglia. "As centrais sindicais no sistema sindical brasileiro". In: THOME, Candi Florencio; SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
[12] Tido como consagração constitucional do princípio da autonomia sindical.
[13] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit.

A Carta Magna de 88 manteve o princípio da unicidade (ou monismo) sindical, adotado no Brasil. Delgado diz que este princípio

> corresponde à previsão normativa obrigatória de existência de um único sindicato representativo dos correspondentes obreiros, seja por empresa, seja por profissão, por categoria profissional ou ramo empresarial de atividades. Trata-se de imposição legal imperativa do tipo de sindicato passível de organização na sociedade, vedando-se a existência de entidades sindicais concorrentes com outros tipos sindicais. É, em síntese, o sistema de sindicato único, com monopólio de representação sindical dos sujeitos trabalhistas[14].

Cumpre destacar que este princípio fundamenta o sistema sindical brasileiro, o qual, como também já mencionado, é composto de sindicatos, as federações e, no topo desta hierarquia, as confederações[15]. Com isso, há certa divergência, tanto jurisprudencial quanto na doutrina, acerca da compatibilidade das centrais sindicais com o ordenamento jurídico brasileiro.

O argumento daqueles que entendem serem incompatíveis as centrais sindicais com a Constituição é justamente o aparente conflito de tais entes com o princípio da unicidade sindical – ou a vedação à pluralidade sindical. Dentre eles, está Süssekind[16], o qual destaca, inclusive, que elas não possuem legitimidade jurídica para decretar greves ou celebrar convenções e acordos coletivos, por exemplo. Ainda, não teriam legitimidade também para representar categorias profissionais ou patronais.

Nascimento pondera que tais divergências decorrem da imprecisão da referente lei, principalmente ao destacar da natureza jurídica das centrais sindicais, qual seja, de associações civis. Em sendo associações civis, portanto, elas não poderiam realizar atos cuja legitimidade, por força de lei, é direcionada às entidades sindicais.

---

[14] DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTR, 2018. p. 1586-1587.

[15] OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 473

[16] SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito constitucional do trabalho*, 2001. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009. p. 266.

Todavia, o autor defende a compatibilidade das centrais sindicais com o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a Constituição. Para tanto, ele argumenta que não existe óbice à pluralidade de centrais sindicais, visto que

> a unicidade, a que se refere a Constituição, é na categoria e não fora ou acima dela. Nosso modelo é o de pluralidade de cúpula e unicidade de base. [...] não há proibição constitucional para a criação das centrais, embora a Lei Magna permita interpretações divergentes. A solução está em modificar a lei e deixar clara a sua diretriz[17].

Ainda em contrapartida ao argumento de Süssekind (dentre outros que estigmatizam eventual compatibilidade), há o entendimento de que, como as centrais sindicas são órgãos que representam várias categorias, a elas não se aplica o aludido princípio.

Porém, da questão da legitimidade, não há falar-se em eventual conflito, visto que as atribuições das centrais sindicais, previstas em lei (como já ilustrado acima), diferem das dos demais entes sindicais: são maiores, na medida em que buscam ações que dizem respeito a um grupo maior de trabalhadores, das mais diversas categorias. Oposto é o que ocorre com os demais entes sindicais, os quais, por representarem categorias próprias, naturalmente defenderão apenas os interesses atinentes à ela[18].

Outrossim, a partir do momento em que fosse admitida a legitimidade das centrais sindicais para praticar atos cuja competência é atribuída aos demais entes sindicais, estar-se-ia retirando destes seu próprio propósito em existir – e, por consequência, seria um grave retrocesso aos avanços conquistados até então.

Por fim, percebe-se que não há qualquer vedação expressa à criação de centrais sindicais. Tanto é verdade que o próprio artigo 8.º da Constituição permite a sua criação e aceitação, inobstante a interpretação dúbia que pode provocar[19]. Da leitura do *caput* deste artigo, em sendo livre a associação sindical e profissional, compreende-se que as centrais

---

[17] Op. cit. p. 267.

[18] OLIVEIRA, Flávia Leal Coelho de Souza E. *A formalização das centrais sindicais à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/365/3/20680247.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.

[19] LOURO, Henrique da Silva *As centrais sindicais na ordem jurídica brasileira*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 560. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2023> Acesso em: 12 out. 2018.

sindicais integram o sistema na qualidade de "órgãos interconfederais e intercategoriais, o que não lhes retiraria os poderes inerentes às entidades sindicais".

5 CONCLUSÃO

Tecidos os comentários, percebe-se a consonância das centrais sindicais com a Carta Magna de 1988, visto que não há vedação legal à sua criação.

Elas se configuram como um ente sindical sem igual, em virtude de sua amplitude – maior que a dos demais, por abarcar várias categorias – e, por consequência, podem defender direitos e buscar benefícios de mais de um grupo profissional.

Destarte, por maior que seja a desconfiança por parte da doutrina, é inegável sua importância, visto que elas buscam – ao mesmo tempo em que representam – um avanço social na defesa dos interesses de vários grupos de trabalhadores.

6 BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Edson Gramuglia. "As centrais sindicais no sistema sindical brasileiro". In: THOME, Candi Florencio; SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 mar. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11648.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTR, 2018.

_____. Direito coletivo do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

KALIL, Renan Bernardi. *As entidades sindicais no ordenamento jurídico brasileiro*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 out. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39873&seo=1>. Acesso em: 11 out. 2018.

LOURO, Henrique da Silva *As centrais sindicais na ordem jurídica brasileira*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 560. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2023> Acesso em: 12 out. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. LTr: São Paulo, 2008

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Flávia Leal Coelho de Souza E. *A formalização das centrais sindicais à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: < http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/365/3/20680247.pdf>. Acesso em 12 out. 2018.
OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito constitucional do trabalho*, 2001. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2009.
THOME, Candi Florencio; SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010

O direito ao conhecimento das origens genéticas na adoção, procriação medicamente assistida e gestação de substituição

Cândida Carvalho[1]

SUMÁRIO: Introdução. Do Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas. Fundamento do direito ao conhecimento das origens genéticas como direito de personalidade. Dignidade humana. Direito à identidade pessoal. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Direito à integridade psíquica. Conclusão. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Através desta investigação debruçamo-nos sucintamente sobre a base da adoção, desde a família biológica à família adotiva, tendo sempre como âncora o princípio do superior interesse da criança; procuramos abordar o tema da infertilidade e o direito a constituir família no que respeita à procriação medicamente assistida e à gestação de substituição, sem nunca perder o foco dos direitos de personalidade que rodeiam esta temática, nomeadamente, o direito a conhecer a sua ascendência biológica, o direito à historicidade pessoal, o direito a conhecer como foi gerado, relativamente à criança adotada, proveniente de técnicas de procriação medicamente assistida ou fruto da gestação de substituição. Finalizando, com uma breve análise sobre o conflito de direitos que ensombra este tema.

Não podemos começar por falar em direitos por si só sem dar introdução ao conceito de família. Entende-se por família a união de pessoas que partilham um projeto de vida em comum, que se pretende que seja duradouro e no âmbito do qual se geram sentimentos de pertença ao grupo (GOMES, I, 2010, p,13). Podemos ainda afirmar que a família garante a continuidade das relações, difundindo regras, valores e princípios que servem de influência ao sujeito na construção pessoal da sua identidade e sentimento de pertença (CARVALHO, I., ALMEIDA, P., 2003, p. 109-122).

[1] Doutoranda em Bioética, Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Doutoranda em Direito com especialidade em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Processuais na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestranda em Bioética na *Universidad del Museo Social Argentino*, Buenos Aires. Investigadora na IBEROJUR, na área de Bioética e Direito Biomédico e no Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito das Energias Renováveis pelo Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada-estagiária. Licenciada em Direito.

Atualmente, espera-se em sociedade que as famílias sejam capazes de proteger os seus elementos, promover a sua integração social, preservar o seu equilíbrio e assegurar a sua continuidade através da preservação de identidade e o seu desenvolvimento enquanto ser humano. Cada família é única. É um espaço de vivência com relações afetivas profundas: a filiação, a fraternidade, o amor e a sexualidade (ALARCÃO, M., 2002, p.2). A família é ainda tida como quem propicia suporte afetivo e o bem-estar aos elementos que a integram, desempenhando um papel decisivo na educação formal e informal, sendo o espaço onde são absorvidos os valores éticos e humanitários, onde se observam os valores culturais, onde se fortalecem os laços de solidariedade e, onde se constrói as marcas entre as gerações (GOMES, I., 2010, p.5).

Contudo, as famílias nem sempre têm esta capacidade. Por vezes a família não tem a capacidade de proporcionar um ambiente adequado ao desenvolvimento dos seus membros. São famílias que falham no fornecimento de cuidados mínimos e têm alguma falta de competências sociais que consequentemente conduzem a negligência e a maus tratos. Geralmente há uma história parental de ligações perturbadas, privações emocionais, álcool, abuso de drogas, assim como a falta de competências sociais e recursos emocionais necessários para criar relações estáveis. Estes fatores levam a sentimentos de frustração, depressão, auto depreciação e nalguns casos, agressão, o que conduz a negligência e maus-tratos da criança. Como consequência, as crianças acabam por ser retiradas do seio da sua família biológica, porém, os efeitos desta negligência e maus-tratos persistem mesmo após a criança ser retirada da situação de risco e a colocação da criança numa instituição por si só não é suficiente para reparar o dano; a institucionalização deve ser uma medida transitória, pois só o contexto familiar protetor e afetuoso será favorável à criança.

Perante toda esta situação surgem as famílias adotivas que pretendem adotar uma criança como filho; são responsáveis por atenuar os danos do passado e criar as estruturas necessárias para garantir um futuro promissor. Em sentido lato, a adoção define-se como a inclusão num ambiente familiar, de forma definitiva e com a obtenção do vínculo jurídico próprio da filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais não querem suportar o exercício das suas funções parentais, ou são considerados incapazes de as exercer pelo Tribunal, ou são desconhecidos ou morreram (BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, 2014, p. 329; ADOÇÃO, 2015, p.2).

Nos termos do art.º 1586.º do Código Civil Português (CCP), a adoção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas nos termos dos art.º 1973.º e seguintes do CCP. A

adoção visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotado, se funde em motivos legítimos, não envolva um sacrifício para os outros filhos do adotante e que seja razoável supor que entre o adotante e o adotado se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação. Relativamente aos efeitos da adoção, consta do art.º 1986.º CCP que pela adoção plena o adotado adquire a situação de filho do adotante e integra-se com os seus descendentes na família deste, extinguindo-se as relações familiares entre o adotado e os seus ascendentes e colaterais naturais. Nos termos do art.1985.º CCP, a identidade do adotante não pode ser revelada aos pais naturais do adotado, salvo se aquele declarar expressamente que não se opõe a essa revelação. Os pais naturais do adotado podem opor-se, mediante declaração expressa, a que a sua identidade seja revelada ao adotante. Concluímos que, com a adoção, a criança perde o acesso à história da família biológica, o que torna a sua própria história incompleta, ao ficar à mercê de informações por parte da família adotiva, caso esta tenha um discurso aberto – o qual contribui para a criação da história da vida da criança que liga pontos do passado ao presente.

Quanto menor for a quantidade de informação, maior será o nível de curiosidade da criança – as chamadas "*gaps* de informação" que se caracterizam pela "discrepância entre o que a criança sabe e o que deseja saber" (BOLIEIRO, Helena, GUERRA, Paulo, 2014, p.329). A busca das origens

> Constitui assim uma forma de colmatar os *gaps* de informação e de compreender a experiência pessoal enquanto membro da tríade de adoção (…) ao permitir relacionar e integrar estas vivências e, em simultâneo, gerir as emoções subjacentes (…) na construção de uma história de vida e de uma identidade mais coesa (DIAS, Armanda, 2015, p. 30).

A procura de informação sobre as origens começa na infância; as crianças questionam-se sobre as razões que levaram à adoção e costumam fantasiar os pais biológicos (DIAS, Armanda, 2015, p.29)[2]. Esta procura começa desde a infância e contínua até à fase adulta do adotado; nessa última fase, as questões internas são mais intensas e há uma maior

[2] «Em particular, as meninas revelam mais curiosidade face aos motivos da adoção e interesse em relação à mãe biológica do que os meninos (…).» DIAS, Armanda Madalena Cunha, *op. cit.* p. 29.

procura de informações externas e até mesmo da família biológica (DIAS, Armanda, 2015, p. 30)[3].

Existem outras razões pelas quais o adotado pode necessitar mais informação tais como: querem assegurar-se de que a pessoa com quem está a relacionar-se ou que vai casar não é seu parente; pode querer saber os antecedentes genéticos no caso de anomalia ou suspeita de doença hereditária transmissível; e, pode sentir a necessidade psicológica de conhecer a sua identidade. Mas se antes da entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 08-09, os adotados não tinham acesso livre à informação referida, com esta lei, passou a ser reconhecido o direito ao conhecimento das suas origens.

As técnicas de procriação medicamente assistida não são um método subsidiário de procriação. A utilização de técnicas de PMA não só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infeciosa ou outras, tendo em conta que, as mulheres, podem recorrer a estas técnicas independentemente do diagnóstico de infertilidade. Podem recorrer às técnicas de PMA os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, que podem ser casados ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Nos termos do artigo 15.º da Lei n.º32/2006, de 26/07, todos aqueles que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respetivos processos, são obrigados a manter sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA. As pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões podem, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito, excluindo a identificação do dador.

Estes termos de confidencialidade aplicam-se igualmente à gestação de substituição. A gestação de substituição compreende qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando poderes e deveres próprios da maternidade. A celebração de negócios jurídicos de gestação

[3] «Frequentemente, a busca das origens é desencadeada e motivada por transições de vida como a escolha vocacional, a conclusão do ciclo de estudos (…), a gravidez, o nascimento de um filho, o divórcio (…) e a morte dos pais adotivos (…); pela curiosidade em saber mais informações acerca dos pais biológicos, em particular sobre as suas identidades, aspeto físico, traços de personalidade, interesses e *hobbies* (…); as razões que estiveram na origem da adoção (…); a preocupação com o bem-estar da família biológica (…), a necessidade de obter informações sobre questões genéticas (…) e outras informações essenciais à promoção de um sentimento de coesão da identidade (…) e à estabilidade intergeracional (…)» DIAS, Armanda Madalena Cunha, *op. cit.*, p. 28.

de substituição só é possível, de acordo com o artigo 8.º da Lei n.º32/2006, de 26/07, a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. A gestação de substituição só pode ser permitida através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante. A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários.

Todavia, a regra do sigilo dos dadores e da identidade das gestantes de substituição "chegou ao fim"(em Portugal) com o Acórdão do Tribunal Constitucional Português n.º 225/2018, de 7/5, através deste Acórdão foi decidido em prol do direito ao conhecimento das origens; este direito foi considerado um elemento fundamental para a construção da identidade da pessoa humana e a violação ou a não consagração deste direito constitui uma afetação indubitavelmente gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade.

2. DO DIREITO AO CONHECIMENTO DAS ORIGENS GENÉTICAS

2.1. Fundamento do direito ao conhecimento das origens genéticas como direito de personalidade

Começamos por esclarecer que não faremos uma análise do regime dos direitos de personalidade. Todavia, consideramos o direito ao conhecimento das origens genéticas um poder que integra o direito subjetivo de personalidade[4]; embora não esteja tipificado[5] segue

[4] Trata-se de um direito subjetivo absoluto que cada um tem de defender a sua própria dignidade como Pessoa. Segundo os melhores ensinamentos de Pais Vasconcelos, «na tutela subjetiva da personalidade, não se trata já de um dever geral de respeito, mas antes de um direito pessoal, de um direito subjectivo de defender a dignidade própria, de exigir o seu respeito e de lançar mão dos meios juridicamente lícitos que sejam necessários, adequados e razoáveis para que essa defesa tenha êxito. Estes meios traduzem-se em poderes jurídicos que existem na titularidade de cada indivíduo, que são inerentes à sua qualidade humana e cujo exercício é livre e depende da autonomia de cada um». Acrescenta-se que o direito subjetivo «tem o seu conteúdo preenchido por poderes que o seu titular pode exercer direta ou livremente, se assim o desejar, contra particulares ou contra o Estado, se necessário mesmo em acção directa ou em legítima defesa (verificados os respetivos pressupostos), sem ficar à mercê da iniciativa e da disponibilidade dos órgãos do Estado» VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.,* p. 53-55.

[5] Relativamente à tipicidade dos direitos de personalidade, seguimos Pais Vasconcelos, «trata-se de uma constelação de tipos de ideais axiológicos, que nasceram de tipos reais de frequência, de experiencias reiteradas de agressões da personalidade que, pela gravidade que assumiram e assumem e pela sistemática repetição, foram

a regra geral do art.º 70.º do CCP[6]. Este direito encontra-se intimamente relacionado com o direito à identidade pessoal, que abarca o direito à identidade pessoal e genética ou direito à historicidade pessoal que inclui o direito a saber como foi gerado, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade psíquica.

Notificamos que estes tipos legais de direitos de personalidade não são direitos subjetivos autónomos, porém, são antes poderes que incorporam o direito subjetivo de personalidade e que contribuem para o seu triunfo na tutela da personalidade sempre que agredida em certos aspetos. Não obstante, e fazendo uma concessão à terminologia jurídica corrente, designá-los-emos agora como direitos de personalidade.

2.2. Dignidade humana

O termo dignidade designa tudo aquilo que merece respeito, consideração, mérito, estima, entre outros. É acima de tudo uma categoria que se relaciona com a própria representação que fazemos da condição humana, ou seja, ela é a qualidade ou valor particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres (GROENINGA, Giselle, 2006, p.442-443).

A dignidade é pessoal mas também universal. Trata-se do fundamento do Estado de Direito, "do único valor absoluto, e inalienável, numa sociedade secular e pluralista" (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p.31). Nessa qualidade, deve prevalecer sobre quaisquer outras razões, valores, bens, interesses ou direitos que apontem em sentido divergente ou contrário (NOVAIS, Jorge, 2015, p.9). Como resultado, a dignidade outorga o direito da pessoa humana ser considerada um "sujeito, em si mesmo, com uma finalidade

ganhando autonomia de regime. (…) Os direitos de personalidade, como concretizações da tutela da personalidade, podem tipificar-se e têm sido tipificados consoante o aspecto da personalidade que estiver em causa. Deve precisar-se que a tipificação não é exaustiva, mas antes simplesmente exemplificativa. Os tipos de direitos de personalidade Os tipos de direitos de personalidade previstos na lei e enunciados pela doutrina são tipos representativos. Quer isto dizer que, além dos tipos enunciados, outros podem surgir, e que os que são referidos correspondem apenas a casos especialmente exemplares e elucidativos que servem para exprimir modelos de comportamento, são casos paradigmáticos de tutela da personalidade. (…) A constelação de tipos de direitos de personalidade é, no fundo uma constelação de respostas a agressões típicas à dignidade humana. Estes tipos não são alternativos à regra geral do artigo 70.º, mas antes casos típicos que lhe são inerentes e que ganharam já um regime próprio, típico, sem prejuízo da regra geral que não deixa de lhes ser aplicável» VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.,* p. 65-66.

[6] Neste sentido, "se o caso for legal e socialmente atípico, não deixará de encontrar disciplina e critério de decisão nos regimes gerais dos artigos 70.º, 71.º e 81.º, sem prejuízo de, mesmo atípico, poder recolher sentido e critério em algum dos tipos legais com o qual tenha alguma semelhança, após devidamente adaptado em função da diferença» VASCONCELOS, Pedro Pais de, *op. cit.* p. 66.

própria, dotado de liberdade no plano ético[7], não podendo nunca ser considerado como um objecto do desejo ou da manipulação de terceiros" (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p. 31-32).

Acompanhamos a conceção que a visão de dignidade humana não é estática e deve ser "periodicamente revista, não no sentido de uma total substituição, mas no sentido de uma reavaliação conceptual" (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p. 32); e, que ambicionar a irrevogabilidade quer da dignidade humana, quer dos direitos a ela associados não só é um erro como também é uma realidade difícil de compreender (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p.32) – sendo o novo regime da adoção exemplo desta constante mutação.

O direito à autodeterminação, à auto-realização, à vida, à liberdade, à igualdade, à integridade física e moral ou ao reconhecimento da personalidade são exemplos de direitos inerentes à dignidade humana; ou melhor, são inerentes à dignidade humana e à espécie humana todos aqueles direitos que permitem o "cabal desenvolvimento da personalidade" (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p.35); tratam-se de direitos inseparáveis do ser humano, independentemente das suas características. Quando privávamos as pessoas adotadas, as pessoas provenientes de técnicas de PMA ou de gestação de substituição do acesso à sua informação biológica estávamos a ofender a sua dignidade e com efeito todos os direitos que permitem o desenvolvimento da sua personalidade. Em matéria de conhecimento das origens genéticas uma das questões centrais é saber aquelas pessoas devem ou não poder ser livres para se autodeterminarem ao ponto de ter acesso a informações essenciais e relacionadas com a sua identidade pessoal para o desenvolvimento da sua personalidade. No nosso modesto entender, está em causa o exercício do direito à liberdade sendo este considerado como o valor fundamental das sociedades contemporâneas (NUNES, Rui, 2016, p.1), não se admitindo que para algumas pessoas a sua vontade seja valorada e para outra esta seja condicionada.

Sabemos que os seres humanos não são todos iguais, por razões biológicas e intelectuais, e que a verdadeira igualdade social será porventura inalcançável (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p. 35). Porém, o conceito de igualdade impõe que sejam reconhecidos a todas as pessoas direitos iguais, principalmente, que sejam garantidos os direitos fundamentais à sua existência, como o direito à identidade, à integridade física e psíquica ou ao livre desenvolvimento da personalidade. O facto destes direitos se encontrarem

[7] Esclarecendo, «esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence» NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de, *op. cit.*, p. 32.

protegidos não implica que as pessoas sejam todas iguais, que tenham as mesmas necessidades ou que ambicionem realizar os mesmos projetos de vida; pelo contrário, implica que quaisquer que sejam as suas aptidões intelectuais lhes seja garantido um nível mínimo de condições sociais conforme à dignidade da pessoa humana (NUNES, Rui, MELO, Helena, 2012, p. 33).

Neste sentido, têm de ser reconhecido aos adotados e às pessoas fruto da PMA e da gestação de substituição os mesmos direitos que às pessoas que permanecem na família biológica, visto que continuam a ser seres humanos, todavia com realidades sociais e familiares destintas, mas continuam a ser pessoas com dignidade e por isso, tem de ser garantido um nível mínimo de condições para que o adotado consiga desenvolver a sua personalidade e saiba quem é verdadeiramente, através do acesso à informação relacionadas com as suas origens. Assim, será sempre por referência à dignidade humana que deve falar-se em direito ao conhecimento das origens genéticas (REIS, Rafael, 2008, p. 58).

2.3. Direito à identidade pessoal

Consideramos a identidade pessoal um direito de personalidade porque é orientado funcionalmente à tutela da dignidade humana, através da defesa daquilo que garante a infungibilidade, a indivisibilidade e a irrepetibilidade de cada uma das pessoas humanas (VASCONCELOS, Pedro, 2014, p. 73). Segundo Paulo Otero, este direito assume duas dimensões diferentes (OTERO, Paulo, 1999, p.64):

a) A identidade pessoal tem uma dimensão absoluta ou individual[8] – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do caráter único, indivisível e irrepetível de cada ser humano: cada pessoa humana é, por isso, uma realidade singular, dotada de uma individualidade que a distingue de todas as demais;

b) A identidade pessoal comporta também uma dimensão relativa ou relacional – cada pessoa tem a sua identidade igualmente definida em função de uma memória familiar conferida pelos seus antepassados, assumindo aqui especial destaque os respetivos progenitores, podendo falar-se num "direito ao conhecimento das origens genéticas".

[8] «(…) o direito à identidade pessoal envolve uma dimensão absoluta ou individual, tornando cada pessoa humana um ser único que, apesar da igualdade com todos os demais na sua condição humana e na inerente dignidade, é dotado de uma irrepetibilidade natural: a identidade pessoal de cada ser humano, expressão da individualidade da sua própria e exclusiva personalidade física e psíquica, assenta na inexistência presente ou futura de dois seres humanos iguais». OTERO, Paulo, *op. cit.*, p. 65.

Para a nossa investigação, a identidade pessoal relativa assume maior relevância. Esta ideia de relação implica um direito a conhecer as suas origens, expresso na relação de cada pessoa com aquelas que lhe deram origem. Acompanhando a linha de pensamento de Paulo Otero, o direito ao conhecimento das origens envolve o direito de cada ser humano conhecer a forma como foi gerado ou, mais amplamente, o direito a conhecer o património genético[9], elemento este que, além de reflexos na prevenção de certas doenças, pode ter decisiva importância psíquica não só ao nível do direito à identidade como também quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade (OTERO, Paulo, 1999, p.72). Segundo o autor, daqui resultam duas consequências imediatas:

a) Por um lado, não é aceitável qualquer sistema normativo de segredo que vede ao interessado a possibilidade de conhecer a forma como foi gerado ou o respetivo património genético;

b) Não existem interesses ou direitos concorrentes de quaisquer outras pessoas intervenientes no processo – *v.g.*, a tutela dos respetivos direitos à privacidade – que possam impedir alguém de conhecer a respetiva origem e o património genético;

O direito ao conhecimento das origens compreende ainda o concreto direito de cada ser humano a conhecer a identidade dos seus progenitores (OTERO, Paulo, 1999, 73). Para Pais Vasconcelos a identidade pessoal inclui também a identidade genética e ao património genético (VASCONCELOS, Pedro, 2014, p.73), que assumem uma imensa importância para o conhecimento das origens genéticas. Acolhemos a definição de identidade pessoal dada por Rui Nunes,

[9] Deixamo-nos conduzir pela definição de património genético dada, pioneiramente, por Stela Barbas, trata-se do «universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambienciais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir».
Em relação à definição de genética a autora avança que «em termos técnicos a palavra genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos progenitores aos descendentes, bem como a formação e evolução das espécies animais e vegetais»; e, a eugénica é a ciência da aplicação da genética ao melhoramento da espécie humana. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Direito ao Património Genético. Almedina: Coimbra, 2006. p. 17.
Acompanhando a autora, o homem «é uma realidade que resulta do jogo genético dos progenitores e das circunstâncias, da fusão e inter-ligação de factores endógenos e exógenos» , é, ainda, um ser singular, diferentes entre si e em constante mudança. Atendendo aos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, cada ser humano é diferente de todos os outros, e é esta diversidade que enriquece a Humanidade. CAMPOS, Diogo Leite – Lições de Direito da Personalidade. Almedina: Coimbra, 2000. p. 22.

> Refere-se à complexa inter-relação entre o património genético individual – Identidade Genética – e influências ambientais, entre as quais se enquadram a educação, o ambiente familiar e social, a cultura, e outros fatores determinantes para o desenvolvimento integral da pessoa. Assim, duas pessoas, ainda que genotipicamente idênticas, terão sempre uma personalidade distintas, devido à influência de fatores culturais e do ambiente[10]. A identidade pessoal associa-se ao valor intrínseco não-instrumental da pessoa humana e relega para segundo plano qualquer forma de determinismo genético (NUNES, Rui, 2010, p.11).

Segundo o autor,

> O direito à identidade e à individualidade é hoje considerado como um direito pertencente à categoria dos direito humanos fundamentais. Direito este que pode tomar contornos éticos variados, nomeadamente, o direito do sujeito a ser informado sobre a sua ascendência biológica ou, paradoxalmente, a não ser informado sobre o seu património genético, isto é negando o conhecimento da sua própria identidade (NUNES, Rui, 2013, p. 77).

Seguindo Stela Barbas,

> Um dos fenómenos caraterísticos do ser humano é a sua capacidade, se não, mesmo, a obsessão de caraterizar, classificar e nomear tudo o que conhece. A eterna questão "Quem?" desde sempre se colocou e continuará a colocar. Apenas as formas de lhe responder se modificaram. Desde Pilatos, que perguntou a Jesus "Quem és Tu?", até ao magistrado que questiona "quem é o pai da criança?", a problemática de fundo será sempre a mesma (BARBAS, Stela, 2007, p. 505).

Assim como a Autora, defendemos também, que o "respeito da dignidade humana exige uma avaliação prévia do que é justo e bom, do que é aceitável e desejável, do que está ou deve estar ao serviço da pessoa". Stela Barbas alerta para o problema de, no âmbito da

[10] «É uma constatação corrente que os gémeos monozigóticos, apesar da semelhança física evidente, desenvolvem uma personalidade individual e independente, construindo um mundo espiritual próprio, na estreita dependência dos vários estímulos do meio ambiente que os rodeiam» NUNES, Rui – GeneÉtica. Almedina: Coimbra, 2013. p. 77.

identificação genética, saber coadunar o interesse individual com o coletivo, o interesse da criança com o da estabilidade familiar, a verdade genómica com a social, entre outros. Teremos que ter sempre em conta alguns princípios fundamentais como o da não maleficência, autonomia, justiça e equidade (BARBAS, Stela, 2007, p. 505).

Constatamos uma grande corrente de preocupação em ver definida a verdade biológica, pois o acesso à verdade biológica e aos mecanismos científicos que o auxiliam a essa descoberta constitui um direito fundamental do Homem. E arriscamos a afirmar que foi esta a preocupação do legislador aquando da reforma da adoção, com o art.1990.º-A do CCP ao possibilitar, explicitamente, o adotado a ter conhecimento das suas origens genéticas e do Acórdão do Tribunal Constitucional. Alguns autores amparam uma relação próxima entre o direito ao conhecimento da historicidade pessoal e o direito à identidade genética, embutido na ordem constitucional portuguesa pela Revisão de Constitucional de 1997 [11] [12].

A identidade pessoal compreende também uma identidade histórica, para Gomes Canotilho e Vital Moreira podemos falar em direito à historicidade pessoal, ou seja, cada pessoa tem a sua identidade também determinada em relação à sua família e aos seus antepassados. O direito à identidade pessoal encontrará na identidade genética um ponto que quererá salvaguardar; a tutela do direito ao conhecimento das origens genética terá um escopo bem definido, procura assegurar o acesso à identificação da própria condição biológica (REIS, Rafael, 2008, p. 72).

---

[11] A Lei Constitucional n.º1/97, de 20 de Setembro, aditou um n.º3 ao artigo 26.º com o seguinte conteúdo: "A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica".

[12] «Essa inclusão no texto constitucional não deixa de ser controversa, como explica JOÃO CARLOS LOUREIRO. Desde logo, "o primeiro sentido do conceito de identidade genética corresponde ao genoma de cada ser humano, às bases biológicas da sua identidade. Por outras palavras: o bem que se pretende salvaguardar é a "constituição genética individual", sendo que "numa segunda acepção, utiliza-se o termo identidade genética para referir que dois ou mais seres têm a mesma constituição genética", entrando-se nas "areias movediças da clonagem". O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida entendeu (Parecer 21/CNECV/97, disponível em www.cnecv.pt) que não deveria ser utilizada a designação identidade genética "por três ordens de razões: a) no plano da linguagem, ressalta-se a sua ambiguidade essencial; b) no plano jurídico, a sua ausência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Biomedicina; c) no plano dos efeitos, teme-se que, entendida a expressão no sentido de consagrar o "direito de cada cidadão a ser geneticamente único", se venham a ofender os gémeos monozigóticos". Ora, independentemente dessa posição, JOÃO CARLOS LOUREIRO chama a atenção para o facto de que "no plano normativo, a reivindicação de um direito à identidade genética aponta para que o genoma humano seja não só inviolável como também irrepetível, seja basicamente fruto do acaso e não de heterodeterminação", pois "(…) o direito à identidade genética proíbe a identidade genética, entendida esta na segunda acepção referida". Deve pois clarificar-se essa "ambiguidade linguística que permite que a constituição portuguesa afirme um direito à identidade genética do ser humano, quando outras legislações a proíbem"» REIS, Rafael Luís Vale e, *op. cit.,* p. 69.

Tiago Duarte defende que o n.º3 do artigo 26.º da CRP tem caráter interpretativo visto que o legislador constitucional procurou esclarecer as dúvidas relativamente à inadmissibilidade da regra do anonimato

> Com esta nova norma torna-se claro o direito que cada indivíduo tem à sua identidade genética e, como corolário óbvio desse direito, o direito a conhecer a sua ascendência (paternidade/maternidade) genética que é formada no fundo, pela tal historicidade pessoal de que falava Gomes Canotilho/Vital Moreira e que é constituída pelos seus ascendentes genéticos que lhe transmitiram a informação única e irrepetível que diferencia o indivíduo e o identifica (DUARTE, Tiago, 2003, p.44-47).

O ser humano tem direito à identidade genómica; não podemos aceitar que existam dois tipos de pessoas: as que podem conhecer e as que não podem conhecer a sua ascendência biológica.

> A criança deve ter conhecimento, o mais cedo possível, que é adotada para evitar que um dia venha a saber bruscamente, por acaso, por descuido ou por terceiros, a verdade. Trata-se de uma realidade que lhe deve ser transmitida progressivamente e clarificada à medida do seu crescimento (BARBAS, Stela, 2007, p. 175).

A descoberta tardia da verdade gera problemas existenciais de escolha de identidade, verdadeiras crises de referência entre os pais genéticos e os sociais. Tem que ser consagrado o direito de os filhos conhecerem as suas origens genéticas. E, mais uma vez, no nosso humilde ver, é esta orientação que o legislador teve em consideração na nova reforma do instituto da adoção e no fim do anonimado do dador e da gestante.

> O conhecimento das raízes genómicas permite realizar determinadas necessidades da criança: necessidades físicas, por um lado, uma vez que sabendo quem é o progenitor pode aceder à informação médica que precisa; necessidades psicológicas, por outro lado, na medida em que o desejo de saber as origens é um elemento fundamental do desenvolvimento psicossocial. Tem-se constatado que as pessoas a quem se esconde a verdade acabam por desenvolver perturbações relacionadas com a sua autoestima, têm pouca confiança em si próprias e têm frequentemente problemas de identidade e afetividade (BARBAS, Stela, 2007, p. 520).

A ninguém pode ser negado o direito de saber a forma como foi gerado ou o direito de se conhecer a si próprio ou a definição integral da sua identidade genética. Os defensores do segredo da adoção alegam que garante o valor da defesa da intimidade da vida privada tanto da família biológica como da família adotiva; é uma forma de encorajar a adoção; é uma forma de proteger a criança de possíveis traumas resultantes da descoberta da verdade por detrás do processo adotivo, entre outros. Os defensores do anonimato do dador e da gestante defendem o direito à privacidade de ambos e o facto do fim do anonimato levar à diminuição bastante considerável das doações e das candidatas a gestantes.

2.4. Direito ao livre desenvolvimento da personalidade

Capelo Sousa trata do desenvolvimento de personalidade em termos muito amplos. Liga-o à concreta personalidade de cada ser humano vivo, à "emergência de forças energéticas e transformadoras, interiores, de cada homem" à "garantia de meios e condições existenciais e convivências, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver" e à "salvaguarda do poder de auto-determinação de cada homem e de auto-constituição da sua personalidade individual" (SOUSA, Rabindranath, 2011, p.463).

No melhor entendimento de Gomes Canotilho e Vital Moreira este direito consiste num direito do indivíduo que lhe garante "um direito à formação livre da personalidade ou liberdade de acção como sujeito autónomo dotado de autodeterminação decisória, e um direito de personalidade fundamentalmente garantidor da sua esfera jurídico-pessoal e, em especial, da integridade desta" (CANOTILHO, J., MOREIRA, Vital, 2007, p.463). Os autores apontam três dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade: a "formação livre da personalidade"[13]; a "proteção da liberdade de ação" de acordo com o projeto de vida e a vocação e capacidade pessoais próprias; e, a "proteção da integridade da pessoa", tendo sobretudo em vista a garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento.

Para Paulo Mota Pinto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem "uma dupla dimensão: a tutela da personalidade, enquanto substracto da individualidade e

[13] Sem planificação ou imposição estatal de modelos de personalidade.

nos seus múltiplos aspetos, e a tutela da liberdade geral de ação pessoal humana" (PINTO, Paulo, 1993, p.479 e ss.).

> A protecção da personalidade pressupõe a liberdade para o seu desenvolvimento segundo o seu próprio projecto, situação e possibilidades, ligado a uma determinada mundividência, credo ou religião que não seja resultante da própria pessoa como ente dotado de capacidade de escolha (PINTO, Paulo, 1993, p. 479 e ss.).

Como tutela da liberdade de ação humana é "antes do mais, um direito integrante do *status negativus*" que se traduz na defesa contra "imposições ou proibições violadoras da liberdade geral de acção" (PINTO, Paulo, 1993, p. 479 e ss.). Este direito tem uma dupla qualidade, por um lado, defende a liberdade para a personalidade se auto formar e por outro remove todos os obstáculos que as limitações da sua liberdade de ação oponha à mesma auto - formação (VASCONCELOS, Pedro, 2014, p.75). Para Pais Vasconcelos, «a pessoa deve poder ser e devir o que bem entender» (VASCONCELOS, Pedro, 2014, p.75). Em o que é que consiste a personalidade? É a condição ou maneira de ser da pessoa. A personalidade constrói-se pela combinação de aspetos herdados com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta, que darão um sentido de continuidade ao ser. As ameaças ao livre desenvolvimento da personalidade são várias, "a vida é um acidente altamente improvável" (GOERINGA, Giselle, 2006, p.446-447), a título de exemplo temos o carater sigiloso do processo adotivo e da identidade dos pais biológicos.

Mais uma vez acentuamos as consequências negativas desta limitação na formação saudável da personalidade. O adotado e as pessoas consequência de técnicas de PMA e gestação de substituição têm o direito de remover todos os obstáculos que limitam o seu acesso a informações importantes relacionadas com a sua progenitura, a sua identidade pessoal e genética; só assim poderão, dentro do possível, desenvolver a sua personalidade.

Portanto, se a função do direito ao desenvolvimento da personalidade tutela as condições necessárias ao surgimento de uma individualidade autónoma e livre, o entendimento que o conhecimento das próprias origens genéticas constitui "um factor primordial nesse processo construtivo que pode ser gravemente afetado se a vontade de conhecer as circunstâncias da própria geração, gestação e nascimento, for injustamente cerceado" (REIS, Rafael, 2008, p.67).

2.5. Direito à integridade psíquica

A integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade, por isso, é necessário criar todas as condições necessárias para uma sobrevivência digna. O estado de privação obviamente gera um estado de desconfiança e vitimização que afetará toda a personalidade. A integridade psíquica encontra-se ameaçada sempre que falte modelos de identificação ou afeto; ou que ocorra casos de abandono ou rejeição, provocando falhas no desenvolvimento da personalidade (GROENINGA, Giselle, 2006, p.454). O exercício positivo do direito à integridade psíquica permite o indivíduo investigar aquilo que lhe é essencial e promover as vias socialmente aceitáveis de sua realização e autonomia, respeitando a dignidade e o direito à felicidade (GROENINGA, Giselle, 2006, p.454). O direito à integridade psíquica constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzam em lesões da integridade psíquica das pessoas (VASCONCELOS, Pedro, 2014, p.70-71). Neste sentido, ao impor um limite ao conhecimento das origens genéticas estamos a agredir o direito à integridade psíquica com consequências graves para o indivíduo.

3. CONCLUSÕES

O direito ao conhecimento das origens genéticas é um direito de personalidade que engloba outros tipos de direitos como o direito à identidade pessoal e genética, o direito a saber como foi gerado, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à integridade psíquica. Trata-se de um direito que tem na base o princípio da dignidade da pessoa humana, é inerente a qualquer ser humano e deve ser respeitado, independentemente, da forma como a pessoa foi gerada. Até a entrada em vigor da Lei n.º 43/2015, de 08-09, este direito não era reconhecido aos adotados e até ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, este mesmo direito não era reconhecido às pessoas provenientes de técnicas de PMA e da gestação de substituição.

Embora não seja uma decisão consensual, este direito, neste momento, é reconhecido a todas as pessoas, o caso da existência de conflito de direitos da família adotiva, da família biológica, dos dadores, das gestantes, dos adotados e pessoas provenientes de técnicas de PMA e da gestação de substituição ficou resolvido, prevalecendo o direito ao conhecimento das origens genéticas.

4. BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, M. – **(Des) equilíbrios Familiares**. Coimbra: Edições Quarteto, 2002
BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Genoma Humano**. Coimbra: Almedina, 2007. Depósito Legal 264467/07.
BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Património Genético**. Almedina: Coimbra, 2006. Depósito Legal 124316/98.
BARBOSA-DUCHARNE, Maria – **Identidade, adoção, identidade adotiva: reflexão em torno de alguns resultados de investigação**. [em linha] [Consult. 15 dez. 2015]. Disponível em https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/66607/2/92171.pdf.
BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – **A Criança e a Família – uma questão de direito (s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das crianças e jovens**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital **– Constituição da República Anotada**. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 58-59.
GOMES, Rui Sá – O Novo Regime da Adopção. **Temas de Direito da Filiação**. Lisboa: AAFDL, 1994.
GROENINGA, Giselle Câmara – O Direito à Integridade Psíquica e o Livre Desenvolvimento da Personalidade. **Família e Dignidade Humana. V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Brasil: IBDFAM, 2006.
MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
NOVAIS, Jorge Reis – **A Dignidade da Pessoa Humana**. Vol. I. Almedina: Lisboa, 2015.
NUNES, Rui – **GeneÉtica.** Almedina: Coimbra, 2013.
OTERO, Paulo – **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
PINTO, Carlos Alberto da Mota – **Teoria Geral do Direito Civil.** 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
REIS, Rafael Luís Vale e – **O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
VASCONCELOS, Pedro Pais de – **Direito de Personalidade**. Lisboa: Almedina, 2014.
DIAS, Armanda Madalena Cunha – **Sentimentos Relativos aos Pais Biológicos e Envolvimento na Busca das Origens em Adolescentes Adotados**. Universidade do Porto. Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação. Outubro 2015.
NUNES, Rui; MELO, Helena Pereira de – **Testamento Vital.** Almedina: Coimbra, 2012.

El intercambio automático de información entre Estados para la lucha contra el fraude y la evasión fiscal

Rosibel Pérez Díaz[1]

Resumen

La disponibilidad oportuna de un adecuado nivel de información, se ha convertido en los últimos años en una herramienta realmente indispensable para las Administraciones Tributarias para la consecución de las dos principales tareas que tienen encomendadas, por un lado, verificar el correcto cumplimiento por parte de los obligados tributarios de los deberes y obligaciones que las normas tributarias establecen y por otro, detectar posibles incumplimientosy tomar las medidas oportunas para regularizar tal situación. En esta línea, prevenir y disminuir el fraude y la evasión se puede, y se debe abordar desde diferentes lados, adoptando un gran elenco de medidas. Entre estas medidas, y considerando que vivimos en una sociedad cada vez más globalizada, el intercambio automático de información de relevancia fiscal entre países se ha convertido en los últimos años en una prioridad, tanto a nivel europeo como internacional, configurándose como un nuevo estándar internacional, impulsado por el G20, y desarrollado por la OCDE. En efecto cabe destacar, que el intercambio internacional de información con trascendencia tributaria, ha conllevado numerosos esfuerzos de distintas organizaciones, como es el caso de la OCDE, la Unión Europea (UE), Estados Unidos (EE. UU.), entre otras.

Palabras claves: Administración Tributaria; Intercambio automático de información; Fraude fiscal.

Introducción

La información, sin entrar en detalles sobre su etimología e historia, es una herramienta utilizada por el hombre desde su creación para la toma de decisiones. A nuestro juicio, no se puede negar que el crecimiento de la población humana a nivel mundial ha obligado a que la sociedad requiera mayor amplitud de información para prosperar y

[1] Doctoranda en el área de Derecho Financiero y Tributario, en el programa de Doctorado "Administración Hacienda y Justicia en el Estado Social" de la Universidad de Salamanca.

proceder día a día y lo hace con una mayor agilidad debido a la globalización donde el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) juega un papel esencial.

De ahí, la suma importancia que tiene la información dentro del ámbito tributario y el interés que ha generado por la doctrina de estudiar su comportamiento dentro de las diferentes fases de la actividad impositiva. Interés al que nos unimos con esta investigación sobre el intercambio de información entre Estados para la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, cuyo principal objetivo es demostrar que la información como parte de las ciencias sociales, es una herramienta fundamentalpara la correcta aplicación de los sistemas tributarios, y que al ser intercambiada de manera automática con las demás Administraciones Tributarias se convierte en un elemento determinante en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

La Información en la Administración Tributaria

La información es un instrumento de suma importancia en todos los ámbitos y niveles de la vida, de ahí que, también las Administraciones Tributarias tengan la necesidad de obtener información completa y oportuna tanto de los contribuyentes nacionales como de aquellos que generan sus rentas o rendimientos transnacionalmente. Para obtener información eficaz sobre estos últimos se hace necesaria la colaboración de las Administraciones Tributarias internacionales, de manera que dichas Administraciones intercambien información y se asistan entre ellas[2]para así contribuir con la correcta aplicación de los sistemas tributarios[3]. La importancia de que goza el mecanismo de intercambio de

[2] Como bien apunta el profesor MARTÍNEZ GINER, L. A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Iustel, Madrid, 2008, p. 27: «es innegable, que las Administraciones Tributarias de los Estados han de verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y ello puede resultar problemático cuando se carece de información».

[3] Como señala CRUZ AMORÓS, M.: "El intercambio de información y el fraude fiscal", *Revista Información Comercial Española*, nº. 825, 2005, p. 173: «la información es la clave de una actuación eficiente en muchos aspectos de la vida, en la política, en la gestión empresarial en general, en la toma de decisiones y, por supuesto, en la aplicación de los tributos y en la lucha contra el fraude fiscal y contra el delito en general»; en esta misma línea opina ESQUIVIAS, M. D.: "Intercambio de información internacional", en: VVAA (Dir. CORDÓN EZQUERRO, T.), *Manual de Fiscalidad Internacional*, Madrid, 2007, p. 1209: que «En el momento actual, las Administraciones Tributarias no pueden, por sí solas, proveerse de todas las información que requieren para el adecuado desarrollo de dichas tareas».

información tributaria, tanto en el ámbito nacional como en el internacional no es algo nuevo[4], sin embargo, su auge ha incrementado considerablemente en los últimos años[5].

La disponibilidad oportuna de un adecuado nivel de información[6], se ha convertido en los últimos años en una herramienta realmente indispensable para las Administraciones Tributarias[7] para la consecución de las dos principales tareas que tienen encomendadas, por un lado, verificar el correcto cumplimiento por parte de los obligados tributarios de los deberes y obligaciones que las normas tributarias establecen y por otro, detectar posibles incumplimientos y tomar las medidas oportunas para regularizar tal situación[8].El cumplimiento de estas finalidades se torna un poco laborioso hoy día, debido a que en las últimas décadas, las economías han sufrido una liberalización y globalización sin precedentes. Globalización que ha significado una creciente independencia del comercio mundial, de la inversión directa extranjera, de la circulación de capitales y de personas, aspectos que bien caracterizan la radical transformación de los patrones clásicos en una nueva realidad

[4] GARDE GARDE, M. J. y DE LAS MORENAS FERRÁNDIZ, E.: "Cooperación internacional: intercambio de información. Acuerdos de intercambio de información. Mecanismo de intercambio de información", VVAA (Dir. CORRAL GUADAÑO, I.), *Manual de fiscalidad internacional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2016, pp. 1477-1519: Afirma, que el intercambio de información tiene, una dilatada historia. De hecho «el primer Convenio Modelo de la OCDE, en el que expresamente se refleja el intercambio de información, data de 1963». Sobre la importancia de la información en el ámbito tributario, véase, también, *la Asamblea General del Centro Interamericano de Administradores Tributarios (CIAT): Sistemas de Información en la Administración Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

[5] En este contexto, señala el profesor CALDERÓN CARRERO, J. M. y QUINTAS SEARA, A.: *Cumplimiento tributario cooperativo y buena gobernanza fiscal en la era BEPS,*Aranzadi, SA, Pamplona, 2016, p. 27 y ss., que «Las Administraciones Tributarias de los diferentes Estados, ante la necesidad de cumplir con sus cometidos de una forma eficaz, se enfrentan contantemente a nuevos retos, algunos de los cuales derivan del conjunto de transformaciones que tiene que ver con el intenso proceso de la globalización económica al que asistimos,…, el cual ha traído consigo un buen número de ventajas desde el punto de vista económico, pero también ha supuesto que las Administraciones Tributarias nacionales tengan cada vez más dificultades para asegurar el cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de sus contribuyentes, habida cuenta que muchos de ellos operan a escala internacional o global».

[6] Sobre la importancia del intercambio de información en la lucha contra el fraude fiscal, Véase, entre otros, MARTÍNEZ GINER, L. A.: "Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la Unión Europea", en VVAA (Dir. GARCÍA PRATS, F. A.) *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 277-296; BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D.: "Intercambio de información internacional", en VVAA (Dir. CORDÓN EZQUERRO, T)*Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 1209-1246.

[7] En este contexto, apunta ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional de información tributaria, Universitat de Bacercelona*, Barcelona, 2004, p. 13: que «la información ofrece a cualquier ordenamiento público interesado la ocasión jurídica de conocer y adquirir los elementos, datos y documentos que, con distinto efecto, sirven para el ejercicio de la potestad administrativa tributaria».

[8] En palabras del profesor CALDERÓN CARRERO, J. M. "Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias", *Revista Crónica Tributaria*, nº. 99, 2001, p. 26, «tradicionalmente el intercambio de información se ha concebido como un mecanismo o técnica en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal internacional. Esta funcionalidad se ha ido acentuando en las sucesivas versiones de los Modelos de Convenios de la OCDE, especialmente a partir del Modelo de 1977 donde se consagró la "major clause", esto es, la posibilidad de utilizar el intercambio de información para garantizar la aplicación de la legislación fiscal interna de los Estados contratante».

económica que se mueve, no sólo en una sucesión controlada de espacios nacionales, sino en un contexto totalmente mundializado[9]. Hechos éstos, que dificultan una estimación adecuada por parte de los Estados de los impuestos adeudados, lo cual afecta al funcionamiento de los sistemas fiscales y lleva consigo la doble imposición, un fenómeno que incita a la evasión y al fraude fiscal[10].

Por ello, como bien apunta CALDERÓN CARRERO «resulta ineludible que las Administraciones Tributarias vengan dotadas de medios para ser tan globales como los propios contribuyentes a los que deben controlar»[11]. Si bien desde los primeros tiempos, el intercambio de información fiscal entre Estados ha respondido a la necesidad de dotar a las Administraciones Tributarias de los medios adecuados para verificar el cumplimiento de los deberes fiscales que corresponden a los ciudadanos[12], en los últimos años dicho intercambio ha adquirido especial relevancia, de manera que se ha adoptado el modo automático para su realización. Es decir, se ha pasado de un modelo donde era necesario realizar una solicitud previa de la información a un sistema en el que la información se remite de manera automática.

Intercambio automático de información entre Estados

[9] En este contexto, RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por España*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 15: opina, que la evolución del intercambio de información internacional está ligada a la globalización económica, y esta última ha tenido una notable incidencia en el sistemas de fuentes que impera dentro del Derecho tributario, lo que ha conllevado que la economía nacional se proyecte en el ámbito económico internacional haciendo que el desarrollo sostenido de las naciones dependa no sólo del mercado económico interno, sino también del mercado económico externo, a su vez la globalización «…implica fundamentalmente: la liberación del mercado de comercio de mercancías; la liberación del mercado de capitales y una revolución en las comunicaciones; y, finalmente una gran presencia de la tecnología informática».

[10] En palabras de PECHO TRIGUEROS, M. E.: "El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional", *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, n°. 72, 2014, pp. 31-44: «Los escándalos bancarios de 2008 y la crisis financiera global posterior supusieron un aumento de las preocupaciones de los gobiernos mayoritariamente de los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y de la Unión Europea (UE) por la existencia de déficits fiscales y la fuga de ingresos tributarios, motivando un resurgimiento del interés por el intercambio de información». Sobre el fraude fiscal véase, RIVAS GARCÍA, J.: *Fraude fiscal, inspección, economía experimental y estrategias*, Dykinson, Madrid, 1997.

[11] CALDERÓN CARRERO , J. M.: "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en VVAA (Dir. SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F.) *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, p.271.

[12] En este contexto, afirma el profesor "CALDERÓN CARRERO J. M.: "El art. 26 MC OCDE 2000: La cláusula de intercambio de información", en VVAA (Coord. RUIZ GARCÍA J. R., y CALDERÓN CARRERO, J.M.), *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Instituto de Estudios Económico de Galicia, A Coruña, 2004, pp. 1235-1296: que «El control de la obligaciones tributarias, a la postre, no representan otra cosa que "administrar información", de manera que el fisco pueda controlar todo aquello de lo que tiene o puede tener conocimiento».

La finalidad del intercambio de información entre Estados consiste en el suministro de datos, documentos relevantes para la correcta aplicación de los sistemas tributarios implicados. En la actualidad, podemos afirmar que no es posible garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias de un Estado sin contar con información fiscal de carácter«interestatal»[13].Esto debido a la creciente actividad económica internacional y a los factores tecnológicos que trae consigo la globalización.En este contexto de economía globalizada, el intercambio de información constituye un elemento esencial de la cooperación internacional en materia fiscal mediante el que los países mantienen su capacidad de exigir tributos sobre sus propias bases tributarias, uno de los elementos básicos de la soberanía nacional[14].

En este sentido, y según afirma una distinguida doctrina[15], en un principio los Estados trataron de enfrentarse a esta situación reformando sus sistemas fiscales, pero esta solución pronto se mostró insuficiente, poniéndose de manifiesto la necesidad de dotar a las Administraciones Tributarias de nuevos medios para alcanzar la efectiva aplicación de sus sistemas tributarios. De ahí que se adopte el sistema de intercambio automático de información fiscal entre los Estados como herramienta para que las Administraciones Tributarias obtengan un control más efectivo de los hechos imponibles que se llevan a cabo fuera de sus territorios.

En efecto, cabe destacar que este nuevo sistema de intercambiar la información fiscal entre Estados, se ha convertido en una prioridad a nivel internacional, configurándose como un nuevo estándar en las relaciones internacionales, impulsado por el G-20, y desarrollado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico(OCDE)[16]. El

---

13 CALDERÓN CARRERO, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2000, p. 25.

14 En este contexto, señala, BORJA SANCHIS, A.:*La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea*, Diálogo, S. L., Valencia, 2005, p. 24., que «La asistencia administrativa es una asistencia jurídica, en cuanto está regulada por normas jurídicas, aunque hay que señalar que cuando se hace referencia a las diferentes modalidades de asistencia administrativa y, en particular, al intercambio de información, se utilizan los términos cooperación y colaboración como sinónimos»; sobre el intercambio de información entre Administraciones Tributarias, véase, entre otros, ALINK, M. y VAN KOMMER, V.: *Manual de Administración Tributaria*, CIAT/IBFD, 2011; BORJA SANCHIS, A. :*La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea*, Diálogo, S. L., Valencia, 2005, p. 52.

15 CIMINIELLO, C.: "Nuevas tecnologías e intercambio de información entre administraciónes", En: *La Administración Tributaria al servicio del ciudadano*, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, Madrid, 2003, pp. 11-21; opina este autor que «el intercambio de información representa la forma de asistencia administrativa más inmediata entre autoridades fiscales».

16 Opina el profesor CALDERÓN CARRERO , J. M.: "El intercambio de información…, *op. cit.,* p. 272: que «El intercambio de información se ha regido, pues, como la pieza clave para articular este renovado espíritu de cooperación fiscal internacional, constituyendo, así, el principal mecanismo sobre el que se hace pivotar la pervivencia del modelo impositivo vigente en la mayoría de los países de la OCDE». Véase al respecto, MARTÍNEZ GINER, L. A.: "La obtención de información tributaria, el secreto bancario y la libertad de

intercambio automático de información fiscal supone la transmisión sistemática y periódica de la información de los contribuyentes desde el Estado de la fuente, donde se produce la renta o rendimiento hacia el Estado de residencia fiscal del contribuyente. La información se recaba por el país de la fuente, generalmente a través de las declaraciones informativas aportadas por los pagadores de las rentas o rendimientos, y el intercambio se produce entre las autoridades tributarias de los Estados[17].

Por tanto, la información recibida permite al Estado de residencia fiscal del contribuyente conocer las rentas obtenidas por éste en el extranjero y aplicar el principio de tributación en residencia, el cual implica tributar en el Estado de residencia fiscal del contribuyente por la totalidad de las rentas obtenidas a nivel mundial, sin perjuicio de los mecanismos que se adopten para evitar la doble imposición internacional[18].Según la doctrina, el intercambio automático de información se ha convertido también en uno de los aspectos que denotan la existencia de un sistema tributario completo y complejo en un determinado país, hasta el punto de convertirse en el criterio fundamental que permite distinguir entre jurisdicciones fiscales tradicionales y paraísos fiscales. Sin duda, a través de este sistema de intercambiar la información fiscal, los Estados pueden mantener la soberanía sobre la aplicación y cumplimiento de sus leyes tributaria[19].

En esta línea, coincidimos con algunos autores en que la relevancia que ha adquirido el intercambio de información internacional, obedece a que el carácter transnacional que impera en el orden económico obliga a superar el ámbito puramente interno del control tributario y extender el mismo a las operaciones realizada por los nacionales en el extranjero. Sin duda, influye también los avances tecnológicos y de comunicación, así como la colaboración y la cooperación internacional, puesta de manifiesto a través del intercambio

establecimiento en el nuevo contexto del intercambio automático de información tributaria" En: *Estudios sobre jurisprudencia Europea*, Sepin Editorial Jurídica, 2018, pp. 259-275.

[17]Afirma ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional…, op. cit.,* p. 13: que «el fundamento del intercambio de información entre Administraciones Públicas es el respeto al derecho a la recaudación tributaria por parte de cada estado como pieza estable de su orden público económico.

[18] MARTÍNEZ POZO, E.: "Avances de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El intercambio automático de información", *Boletín económico de Información Comercial Española*, n°. 3026, 2013, pp. 3-18.

[19] En palabras de ESPINOSA, M. del P. y NOCETE CORREA, F. J.: "El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses", *Revista Crónica Tributaria*, n°. 139, 2011,p.140; «Junto a estas finalidades específicamente tributarias, el intercambio de información se ha erigido en mecanismo de lucha contra determinadas actividades delictivas, permitiendo identificar tanto el origen de los fondos con que se financia, por ejemplo, el terrorismo, como la existencia de Estados que, adoptando una determinada postura contraria al intercambio de información tributaria, favorecen, voluntaria o involuntariamente, dichas actividades». En este contexto, afirma HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, A. D.: *La información como instrumento de erradicación del delito fiscal*, Tesis doctal, (Dir. LAGO MONTERO, J. M.), 2016, p. 350, Universidad de Salamanca: que «el intercambio internacional de información con trascendencia tributaria, es uno de los acontecimientos fundamentales en la erradicación del delito y del fraude fiscal».

de conocimientos y el desarrollo de nuevas técnicas de control en materia tributaria; factores éstos que son determinantes para que la aplicación del sistema tributario sea más eficaz y a la vez sea más efectiva la lucha contra el evasión y fraude fiscal[20].

El intercambio automático de información implica, a nuestro juicio, un importante avance en la implementación de la Administración Electrónica Tributaria y supone un valioso instrumento de control tributario, ya que permite a las Administraciones Tributarias verificar si sus contribuyentes han incluido correctamente las rentas obtenidas en el exterior en países relacionados de la misma región geográfica, socios comerciales o países donde sus contribuyentes usualmente invierten. Además, permite a las autoridades tributarias contar con alertas tempranas de posibles casos de incumplimiento. Estas pueden luego, llevar a cabo programas para identificar a los sujetos no declarantes, enviar cartas notificativasa dicho sujetos o solicitar datos sobre el origen de los fondos que generaron las rentas no declaradas, realizar programación de auditorías, entre otras. Asimismo, la información obtenida a través de este nuevo sistema de intercambio de información puede ser usada transversalmente por otras agencias de gobierno para identificar, por ejemplo, posibles casos de blanqueo de capitales.

En definitiva, consideramos que el intercambio automático de información ofrece a las Administraciones Tributarias numerosas ventajas entre las que destacan su uso como herramienta para reducir la evasión y el fraude fiscal; reduce los costos de gestión; hace innecesaria la existencia de indicios previos para iniciar su búsqueda, y posibilita la obtención de una mayor recaudación fiscal. Así mismo cabe destacar, que el intercambio automático de información en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal es considerado una obligación para las Administraciones Tributarias en la que deben suministrar cualquier información útil y necesaria para el desarrollo de la gestión de los tributos encomendada a otras Administraciones[21].

Marco normativo del intercambio internacional de información

[20] BORREGO SANTIAGO, M.: "Los Acuerdos de Intercambio de Información en España" Trabajo presentado al II Curso Avanzado en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2010. *Cuadernos de Formación. Colaboración 5/12*. Volumen 15/2012.

[21] Como bien apunta el profesor MARTÍNEZ GINER, L. A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Ilustel, Madrid, 2008, p. 9; «el intercambio de información entre Estados se ha convertido en la piedra angular del proceso dirigido al objetivo de conseguir una tributación efectiva o, utilizando un concepto más amplio y comúnmente utilizado, al objetivo de la lucha contra el fraude fiscal».

El intercambio automático de información entre Estados para la lucha contra el fraude y la evasión fiscal

El intercambio internacional de información con trascendencia tributaria, ha conllevado numerosos esfuerzos de distintas organizaciones, como es el caso de la OCDE[22], la Unión Europea (UE), Estados Unidos (EE. UU.), entre otras; de los cuales se han obtenidos avances significativos, cítese a modo de ejemplo la *Foreign Account Tax Compliance Act* – FATCA «Ley de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras» en Estados Unido de América, la misma ha introducido unilateral y obligatoriamente normas en materia de intercambio automático de información[23].

Por su parte, la UE, siguiendo la tendencia marcada por la OCDE a través de la Directiva 2011/16 /UE del Consejo[24],extiende el ámbito de la cooperación administrativa incluyendo la información bancaria entre la información a intercambiar a requerimiento previo señalando expresamente la imposibilidad de alegar el secreto como impedimento, e introduce el intercambio de información automático, si bien dicho intercambio estaba condicionado a suministrar solo la información que estuviera disponible a partir del 1 de enero de 2015, sobre cinco categorías de rentas. Esta condicional ha sido uno de los motivos de la modificación de dicha directiva a través de la Directiva 2014/107/UE del Consejo de 9 de diciembre de 2014, en la que además de suprimir dicha condicional, se ha reforzado el intercambio automático de información y se ha ampliado su ámbito de aplicación equiparándolo a FATCA, sumado a las posteriores modificaciones que ha recibido la citada Directiva 2011/16/UE[25].

[22] La OCDE, ha realizado grandes esfuerzos en el diseño de instrumentos normativos destinados a favorecer el efectivo intercambio de información no solo entre los países miembros, sino también entre éstos y otras jurisdicciones o Estados no miembros. Se trata, principalmente, de instrumentos bilaterales que encuentran su máxima expresión en la celebración de convenios para evitar la doble imposiciónaunque también existen otros instrumentos con carácter multilateral, tales como la "Convención sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal"celebrada entre los Estados Miembros del Consejo de Europa y los países Miembros de la OCDE.

[23] FATCA es una ley federal de los Estados Unidos de América aprobada en 2010. La FATCA requiere a los estadounidenses, incluidas las personas que viven fuera de los Estados Unidos, para que informen de sus cuentas financieras mantenidas fueras de los Estados Unidos, y exige a las instituciones financieras extranjeras que informen al Servicio de Rentas Internas americano, acerca de sus clientes estadounidenses.

[24] Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO L 64 de 11.3.2011, p. 1).

[25] A demás de la citada modificación, se debe resaltar que en los últimos años la Directiva 2011/16 /UE del Consejo ha sido objeto de otras modificaciones con el propósito de dar cabida a nuevas iniciativas sobre la transparencia fiscal y la planificación fiscal agresiva. Cítese la modificación realizada por la por la Directiva (UE) 2015/2376/ del Consejo, que estableció el intercambio automático de información relativa a acuerdos tributarios previos transfronterizos, y por la Directiva (UE) 2016/881/del Consejo que estableció el intercambio automático y obligatorio de información entre las autoridades tributarias sobre los informes país por país de las empresas multinacionales. Asimismo no podemos dejar de hacer referencia a la modificación realizada por la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo de 25 de mayo de 2018, en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

En la actualidad, son varios los instrumentos legales que permiten la implementación de acuerdo de intercambio automático de información tributaria entre Estados. Cítese, las disposiciones sobre intercambio de información contenidas en los Convenios para evitar la doble imposición (CDI) basada en el artículo 26 tanto del Modelo de Convención de la OCDE como de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); el artículo 6 de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, para los países miembro de la UE, las leyes domesticas que implementa la Directiva sobre Cooperación Administrativa en el Ámbito de la Fiscalidad (Directiva 2011/16 / UE); y los acuerdos bilaterales basados en el Modelo de acuerdo de intercambio de informaciones tributarias del CIAT[26]. En este contexto, se debe resaltar que los países podrán acordar la celebración de Acuerdos Especiales o Memorandos de Entendimiento para establecer los términos y condiciones del intercambio automático acordado[27].

Debe destacarse, que además de la OCDE, EE. UU., la UE, Y el CIAT, otras organizaciones internacionales han creado instrumentos regulatorios que también afectan la cooperación administrativa entre países, por ejemplo: La Mutua Nórdica, Convenio de asistencia a la asistencia administrativa mutua en materia tributaria, por los países nórdicos; el Acuerdo modelo sobre cooperación y asistencia mutua en temas de Cumplimiento de la Legislación Tributaria, desarrollado por la Federación Rusa[28].

Conclusiones

Tomando en consideración los esfuerzos que han realizados las distintas organizaciones como la OCDE, el G-20, la UE, los EE.UU, entre otras, el intercambio de información de manera automática supone un gran avance en la transparencia de la fiscalidad

[26] En este contexto, se debe citar la Directiva sobre el ahorro (2003/48/CE, la cual establecía como criterio fundamental el suministro automático de información desde el Estado de obtención de los intereses hacia el Estado de residencia del beneficio efectivo de la renta calificada como intereses, mediante la colaboración del denominado agente pagador.

[27] A modo de ejemplo, España como un país miembro de la UE esta está obligada por las normas de la UE sobre intercambio de información (siguiendo las directivas de la UE), pero si la información es solicitada por un tercer país fuera de la UE, España debe proporcionar información fiscal según los estándares de la OCDE (como jurisdicción de cooperación), habiendo firmado la adhesión al artículo 6 de la Convención Multilateral sobre Asistencia Mutua sobre el intercambio automático de información y, si la información es solicitada por los EE. UU., Debe proporcionar la información según el modelo FATCA, IGA-I (firmado por España el 9 de diciembre de 2013).

[28] sugiere, ANDRÉS AUCEJO, E.: "Hacia un Código Internacional para la cooperación administrativa en materia fiscal y gobernanza fiscal internacional", *Revista Derecho del Estado*, n°.40, 2018, pp. 45-85: que se debe adoptar un código de Cooperación Internacional en asuntos fiscales y de gobernanza fiscal, que el mismo pueda ser propuesto por cualquier organización internacional. A nuestro juicio, la FACTA viene siendo un modelo de código internacional de intercambio de información financiera, que además de los Estados Unidos de América ya ha sido adoptada por muchos países.

interna, en la UE y en los demás países con acuerdo de intercambio de información de manera automática. La información a intercambiar dotará a las Administraciones Tributarias de una herramienta que les permitirá atacar conductas de evasión y fraude fiscal por parte de los obligados tributarios.

Asimismo, con la recepción oportuna de la información intercambiada de manera automática las Administraciones Tributarias podrán aumentar sus recaudaciones.

Este nuevo estándar internacional de intercambio automático de información es, sin lugar a duda, un gran paso que permite avanzar hacia la cooperación en el entorno globalizado y liberalizado en el que nos encontramos. El no secreto a la información bancaria ya es una realidad, objetivo que fue planteado por el G20 en Londres en el año 200, y ha conllevado un gran avance en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal.

Referencias bibliográficas

ANDRÉS AUCEJO, E.: "Hacia un Código Internacional para la cooperación administrativa en materia fiscal y gobernanza fiscal internacional", *Revista Derecho del Estado*, n°. 40, 2018, pp. 45-85.

Asamblea General del Centro Interamericano de Administradores Tributarios (CIAT*): Sistemas de Información en la Administración Tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990.

BORJA SANCHIS, A.: La asistencia administrativa en materia de liquidación tributaria en la Unión Europea, Diálogo, S. L., Valencia, 2005.

BORREGO SANTIAGO, M.: "Los Acuerdos de Intercambio de Información en España" Trabajo presentado al II Curso Avanzado en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el segundo semestre de 2010. *Cuadernos de Formación. Colaboración 5/12*. Volumen 15/2012.

BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. D.: "Intercambio de información internacional", en VVAA (Dir. CORDÓN EZQUERRO, T), *Manual de fiscalidad internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2007, pp. 1209-1246.

CALDERÓN CARRERO , J. M.: "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias en un contexto de globalización económica y competencia fiscal perniciosa", en VVAA (Dir. SOLER ROCH, M. T. y SERRANO ANTÓN, F.) *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho Comunitario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2002, pp. 269-348.

CALDERÓN CARRERO J. M.: "El art. 26 MC OCDE 2000: La cláusula de intercambio de información", en VVAA (Coord. RUIZ GARCÍA J. R., y CALDERÓN CARRERO, J. M.), *Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, Instituto de Estudios Económico de Galicia, A Coruña, 2004, pp. 1235-1296.

CALDERÓN CARRERO, J. M. "Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias", *Revista Crónica Tributaria*, n°. 99, 2001, pp. 25-39.

ESPINOSA, M. del P. y NOCETE CORREA, F. J.: "El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses", *Revista Crónica Tributaria*, n°. 139, 2011, p.140.

HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, A. D.: *La información como instrumento de erradicación del delito fiscal*, Tesis doctal, (Dir. LAGO MONTERO, J. M.), 2016, Universidad de Salamanca.

MARTÍNEZ GINER, L. A.: "Lucha contra el fraude fiscal, buena gobernanza e intercambio de información en la Unión Europea", en VVAA (Dir. GARCÍA PRATS, F. A.), *Intercambio de información, blanqueo de capitales y lucha contra el fraude fiscal*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2014, pp. 277-296.

MARTÍNEZ GINER, L. A.: *La protección jurídica del contribuyente en el intercambio de información entre Estados*, Ilustel, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ POZO, E.: "Avances de la Unión Europea en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El intercambio automático de información", *Boletín económico de Información Comercial Española*, n°. 3026, 2013, pp. 3-18.

PECHO TRIGUEROS, M. E.: "El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal internacional", *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, n°. 72, 2014, pp. 31-44.

RIVAS GARCÍA, J.: *Fraude fiscal, inspección, economía experimental y estrategias*, Dykinson, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ LOSADA, S.: *La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición, suscritos por España*, Aranzadi, Navarra, 2011.

ROSEMBUJ, T.: *Intercambio internacional de información tributaria*, Universitat de Bacercelona, Barcelona, 2004.

O direito ao consentimento informado das pessoas Incapazes com discernimento

Maria do Rosário Anjos[1]

Joaquim da Veiga Cepeda[2]

Resumo

No presente Artigo aborda-se o problema do consentimento informado nos tratamentos médicos prestados a doentes portadores de incapacidade de exercício de direitos, mas com suficiente discernimento para entenderem o contexto da doença diagnosticada e poderem, assim, prestar o devido consentimento informado.

Abstract

This article discusses the problem of informed consent in the medical treatments provided to patients with an inability to exercise rights, but with sufficient discernment to understand the context of the diagnosed disease and can, Accordingly, provide the appropriate informed consent.

1. Introdução e delimitação da questão em investigação:

A Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto,com entrada em vigor em 10 de fevereiro de 2019, estabeleceu o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil.

O Código Civil Português e o Código de Processo Civil Portuguêsforam adaptadosao novo circunstancialismo, bemcomo outros diplomas. Entre estes, importa destacar a Lei n.º

[1]Professora Coord. IPMAIA – Instituto politécnico da Maia; Professora Auxiliar – Universidade Lusófona do Porto;Advogada e Árbitro do CAAD; Investigadora IJP; I2J e N2i. Doutorada em Direito Público Especial.

[2]Advogado, Licenciado em Direito, XLI Curso de Especialização em Administração Hospitalar pela Escola Nacional de Saúde Pública, Mestrando em Direito no 2º Ciclo de estudos em Direito da faculdade de direito da ULP – Universidade Lusófona do Porto

36/98, de 24 de julho, conhecida por Lei de Saúde Mental e a Lei n.º 25/2012, de 16 de julho, que que regula as diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o registo nacional de testamento vital.

A eliminação dos institutos jurídicos da interdição e da inabilitação e a sua substituição pelo instituto do maior acompanhado confere renovado interesse à questão do consentimento informado.

O artigo 145.º n.º 1 do Código Civil refere expressamente que o acompanhamento se limita ao necessário.

A questão que agora se analisa limita-se aos casos das pessoas incapazes, portadores de algum tipo de anomalia psíquica ou comportamental suscetível de gerar uma incapacidade para o exercício pleno dos seus direitos, mas que não retiram o discernimento para alcançar a informação sobre o seu estado de saúde e as eventuais consequências da intervenção médica adequada. Em suma, a sua incapacidade jurídica não os impede de poderem prestar o consentimento informado, embora os efeitos jurídicos desse consentimento sejam juridicamente irrelevantes, face ao seu estatuto jurídico de incapazes.

A questão é algo original, mas ocorre com frequência e suscita as maiores dúvidas junto da comunidade médica.

2. O consentimento informado à luz do novo regime jurídico:

Sendo o consentimento esclarecido premissa para a sujeição, do menor ou do adulto acompanhado, a tratamentos médico-cirúrgicos no sistema de saúde português importa esclarecer se o consentimento terá deadvir do próprio incapazcomcapacidade para ponderar, decidir e consentir sobre a sua saúde ou se, ao contrário, o consentimento informado tem de ser transmitidopelo acompanhante do incapazcom de poderes de representação especial, embora se estabeleça que o consentimento do acompanhante deva traduziruma vontade presumida do incapaz.

O problema radica essencialmente nas situações de pessoas consideradas incapazes para um *"governo genérico"* da sua pessoa, mas com capacidade bastante para consentir e modo esclarecido sobre questões vitais para a sua saúde.

O consentimento informado nostratamentos médico-cirúrgicosde doentes da rede hospitalar do serviço nacional de saúde, legalmente com incapacidade genérica de exercício

diretode direitos pessoais, mas que possuem discernimento bastante para formularem um consentimento esclarecido, constitui uma questão central da prestação de cuidados de saúde.

A obrigação dos profissionais de saúde obterem o consentimento informado do doente antes da sua intervenção clínica radica nos princípios da liberdade e da autonomia da vontade, que consagram uma visão humanista da relação dos profissionais de saúde com o doente.

3. O Problema do consentimento informado dos doentes incapazes

Reconhecida a necessidade do consentimento informado do doente anteriorà intervenção clínica, pode suceder que a autonomia da vontade do doente fique comprometida, pois se o doente apresenta incapacidade genérica para consentir, alguns poderão entender que, ainda assim, se impõe o recurso ao parecer do acompanhante do doente menor ou com anomalia psíquica.

Neste campo surge o problema dos doentes legalmente incapazes para exercerem direitos, mas com discernimento bastante que os capacita para prestarem consentimento informado.

O consentimento informado exige que os profissionais de saúde prestem adequada informação.

O consentimento é um ato de liberdade, pressupõe capacidade de decisão, conhecimento efetivo da informação prestada, voluntariedade e consentimento explícito.

A defesa e a promoção do consentimento informado perpassam o presente estudo e são objeto da investigação em curso. Apenas queremos dar um contributo para a discussão em torno de um tema tão atual e controvertido.

Assume-se a vontade de contribuir para a ampla efetividade do direito ao consentimento informada na realidade hospitalar, devendo os profissionais de saúde encarar o consentimento informado de modo absoluto, impondo-o na relação terapêutica com todos os doentes com capacidade para prestar um consentimento informado.

Médicos e enfermeiros têma obrigação de protagonizar uma atitude comunicacional que promova o consentimento informado.

A realidade portuguesa do consentimento informado, inscreve-se numa matriz humanista, que o apresenta como um direito que compõe o núcleo dos direitos fundamentais da pessoa.

Mesmo no plano terapêutico, o consentimento informado revela um efeito psicológico salutar.Geralmente, apresenta-se como um fenómeno motivador, atenua receios e angústias e diminui a vulnerabilidade do doente.

Os condicionalismos impostos ao consentimento informado na prática quotidiana dos hospitais do serviço nacional de saúde são uma evidência.

A nova Lei**, em vigor desde agosto de 2018,CORTAR**ao mudar o paradigma do conceito de incapaz para o de maior acompanhado abre um novo plano de análise da questão, pois, infere-se do conceito agora adotado pelo legislador a consideração de que necessitar de acompanhamento para exercer os seus direitos, por força de se padecer de uma incapacidade de exercício, não implica (em todos os casos) a incapacidade de discernimento para tomar a decisão de dar o consentimento informado nos casos em que tal seja necessário.

Não deixamos, porém, de ter dúvidas quanto à eficácia do consentimentoinformado.

4. O Consentimento informado numa perspetiva dinâmica, ainda em defesa do interesse dos doentes incapazes

O consentimento informado deve ser lido numa perspetiva dinâmica, pois é essencial a sua adaptação ao "*doente concreto*".

Para melhor análise do consentimento informadorealçamos a necessidade de escalpelizar os diferentes aspetos do consentimento informado. Nesse esteio, propõe-se a aferição dequatro dimensões: a dimensão conhecimento e promoção, a dimensão autonomia e adequação, a dimensão perceção e responsabilidade e a dimensão incapacidade e discernimento.

Adimensão conhecimento e promoçãodestaca a efetiva apreensão das normas promotoras do consentimento informado, insistindo-se na necessidade de, continuamente, se promover e assegurar um pleno consentimento informado.

A dimensão autonomia e adequação, incidindo sobre a autonomia do doente, promove uma postura adequada ao consentimento informado, por parte dos profissionais de saúde.

A dimensão perceção e responsabilidade, com foco sobre os profissionais de saúde, atenta no modo dos profissionais de saúde entenderem o consentimento informado, questiona sua real vontade de potenciar amplamente o consentimento informado e equaciona os deveres destes profissionais.

A dimensão incapacidade e discernimento, assumindo carácter mais restrito, centra-se na postura dos profissionais de saúde perante o direito dos incapazes, com discernimento, beneficiarem de um consentimento realmente informado.

Aferindo tais dimensões poderemos saber se nos hospitais do serviço nacional de saúde se assegura o direito ao consentimento informado em geral e em especial dos incapazes com discernimento.

A maior compreensão da realidade efetiva do consentimento informado no âmbito do serviço nacional de saúde promove a dignidade e a liberdade da pessoa sujeita a tratamento médico-cirúrgico.

A prática sistemática de consentimento informado na realidade hospitalar é imprescindível para a liberdade do doente.

Em princípio, a pessoa com doença mental tem direito a exercer o seu consentimento informado, só assim não será se houver incapacidade para consentir nesta matéria.

O consentimento informado livre e esclarecido está amplamente consagrado no ordenamento jurídico português. A Constituição da República Portuguesa (CRP), o Código Civil (CC),o Código Penal (CP)e mesmo a legislação específica do Direito da medicina rejeitam, perentoriamente, o paternalismo clínico, considerando o consentimento informado uma responsabilidade ética e profissional que recai sobre os profissionais de saúde.

A anterior figura da representação ou a atual figura do acompanhante com poderes de representação se tem cabimento no plano dos direitos de natureza patrimonial do incapaz, encontra reservas na esfera dos direitos de natureza pessoal, por serem direitos inerentes ao próprio titular, será o caso daqueles direitos que se estabelecem sobre o próprio corpo, sobre a própria vida ou sobre o direito à saúde e ainda, sobre a liberdade da pessoa.

A proteção legal do incapaz deve passar por novos instrumentos jurídicos que assegurem uma maior autodeterminação do doente incapaz.

O consentimento informado fomenta a humanização da prestação clínica e o legislador deve preservar o esforço de afirmação do consentimento informado.

Estando em causa direitos fundamentais e direitos de personalidade, o incapaz, deve ser ouvido, a menos que a sua falta de discernimento seja completa.

A pessoa, capaz ou incapaz de exercício de direitos, deve pronunciar-se quando estão em causa intervenções clínicas que afetam a sua integridade física e emocional. Mesmo perante pessoa incapaz sem discernimento, deve atender-se à sua manifestação de vontade até onde se possa harmonizar os interesses em conflito. Contudo, sem capacidade de facto

para exercer o CI a vontade é insuficiente e não pode ditar uma conduta autónoma do incapaz.

5. O consentimento informado no plano da atuação hospitalar

No plano da atuação hospitalar, os profissionais de saúde devem obter o CI de forma correta.

Apesar das dificuldades, as instituições hospitalares já se aperceberam da necessidade de aumentar o nível de efetividade do CI.

O progresso tecnológico e a mudança das mentalidades trouxeram uma nova atitude perante a prestação dos cuidados hospitalares. Os hospitais públicos cumprem na sua atividade novos deveres éticos e deontológicos.

Na nova realidade hospitalar, o desafio da qualidade leva a construir um consentimento efetivo que passa por dirigentes, médicos e enfermeiros.

Sendo o hospital uma organização complexa que tem na prestação de cuidados de saúde um objetivo primordial, o encontro do doente com os profissionais de saúde deve ser pleno.

Os doentes devem saber que têm o direito de serem informados e os profissionais de saúde devem assumir a obrigação de os informar.

A boa gestão hospitalar valoriza aspetos como o respeito, a consideração e a atenção para com o doente. A qualidade da prestação hospitalar passa por fomentar a empatia entre os profissionais e os doentes, esta vertente pessoal do atendimento tem no consentimento informado um ponto essencial.

Em Conclusão:

A solução cabal dos problemas do consentimento informado assenta em dois vetores, um pressupõe sensibilidade do legislador para encetar uma reforma legal do regime do consentimento informado, o outro vetor passa pelo empenho dos profissionais de saúde.

Retardar soluções para o consentimento informado, é não cumprir o imperativo ético de afirmar o doente como pessoa livre.

A recente alteração legislativa ocorrida em Portugal quanto ao estatuto jurídico dos incapazes deixa, ainda, mais uma vez, por resolver as dúvidas mais prementes em matéria de

consentimento informado para os doentes portadores de incapacidade mental, incapacitante do discernimento necessário para a tomada de decisão-

Neste caso, atentas as circunstâncias, o consentimento informado deve ser solicitado ao próprio paciente, ainda que este tenha o estatuto de maior acompanhado, sempre na presença e com intervenção do tutor ou representante legal. Certo é que, não se pode descurar a informação a um paciente nestas condições atenta a capacidade de discernimento suficiente para alcançar a informação prestada.

A recente alteração legislativa, ao mudar o paradigma de análise do conceito de incapaz para o de maior acompanhado deixa antever a perceção do problema e a aceitação da necessidade de ouvir estes pacientes em sede de consentimento informado.

Referências:

ANJOS, M. R. ….

ALMEIDA, A. (2005) Consentimento informado. ICBAS – UP, curso de Mestrado em Medicina Legal

ANDRADE, J. C. (2000) O Internamento Compuksivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais, Coimbra Editora

ANDRADE, M. C. (2004) Consentimento e acordo em direito penal, Coimbra Editora

___(2011) Direito Penal Médico em mudança. Centro de Direito Biomédico. FDUC. Coimbra

CEPEDA, J. V. (2013) O Direito do Consentimento Informado em Geral e em Especial nos Incapazes com Discernimento – Conceitos e Estudo Empírico. XLI Curso de Especialização em Administração Hospitalar, UNL – Escola Nacional de Saúde Pública

ERSE – Entidade Reguladora da Saúde (2009) Consentimento Informado – Relatório Final, Porto

Por uma «cláusula de progresso» nos contratos de investimento estrangeiro

Maria do Rosário Anjos [3]

[3] Professora Coord. IPMAIA – Instituto politécnico da Maia; Professora Auxiliar – Universidade Lusófona do Porto;; Advogada e Árbitro do CAAD; Investigadora IJP; I2J e N2i. Doutorada em Direito Público Especial, pela Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, sob a Direção de D. José Luis Meilán Gil.

Maria Rosário Anjos e Joaquim da Veiga Cepeda

Maria João Mimoso[4]

Em Homenagem ao Professor D. José Luis Meilán Gil [5]

Resumo:

Este estudo visa refletir sobre os princípios a seguir na ponderação concreta dos interesses das partes contratantes nos contratos de investimento estrageiro. Esta reflexão tem como propósito essencial atingir um quadro referencial fundamental que possa servir de base aos decisores, juízes ou árbitros confrontados com a missão de resolver litígios emergentes de contratos de investimento estrangeiro. O mecanismo mais usual na resolução de litígios nesta sede é a arbitragem internacional. No presente trabalho de investigação analisamos o fenômeno da arbitragem como paradigma na solução do litígio emergente de investimento estrangeiro, seus benefícios e sua contribuição para uma maior segurança jurídica nas relações económicas entre as partes e no progresso social do estado hospedeiro. Considerando os conceitos jurídicos e os problemas mais relevantes nas relações entre o Estado investidor e o Estado de acolhimento, pretendemos estabelecer uma lógica baseada na equidade, proporcionalidade e no justo equilíbrio entre os interesses de ambos. Tentamos encontrar um "meeting point" entre os interesses económicos do investidor e do progresso social do Estado hospedeiro. A arbitragem internacional sob a égide do ICSID, complementada por tratados bilaterais (BIT) e contratos de investimento, requer uma aproximação dos dois objetivos principais do investimento estrangeiro: a eficiência no retorno do investimento e o progresso tecnológico e social do Estado anfitrião.

Abstract

[4] Professora Associada UPT – Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Doutorada em Direito pela Universidade da Coruña; Investigadora IJP – Instituto Jurídico Portucalense

[5] **José Luis Meilán Gil** (6 July 1933 – 26 June 2018) Professor Catedrático de Direito Administrativo, Reitor da universidade da Coruña – Espanha, Advogado. Foi também político e membro do parlamento, tendo colaborado na elaboração da Constituição Espanhola. Tem uma vasta obra publicada, da qual destacamos o livro «Progresso Tecológico y Servicios Públicos» (2006) Editorial Civitas, Madrid, o qual corresponde a uma versão reconstruída e actualista da sua tese de doutoramento. Autor de uma vastíssima obra jurídica, senhor de um carácter ímpar e genuíno devoto do conhecimento e da Universidade, Citando uma das suas discípulas, Professora Doutora Marta Garcia Peréz, Meilán Gil foi um "*Maestro rebelde pero respetuoso, inconformista pero cumplidor, presumido en la misma medida que generoso, en contadas ocasiones entrañable y siempre acogedor*». Quem o conheceu de perto não o esquecerá. Aqui deixamos a nossa sentida homenagem.

This study aims to reflect on the principles to be followed in the concrete consideration of the interests of the contracting parties in foreign investment contracts. The purpose of this reflection is to achieve a fundamental reference framework that can serve as a basis for decision-makers, judges or arbitrators faced with the task of resolving disputes arising from foreign investment contracts. The most common mechanism for settling disputes in this venue is international arbitration. In this research we analyse the phenomenon of arbitration as a paradigm in the solution of the emerging foreign investment litigation, its benefits and its contribution to greater legal certainty in the economic relations between the parties and in the social progress of the host state. Considering the legal concepts and the most relevant problems in the relations between the investing State and the host State, we intend to establish a logic based on equity, proportionality and the right balance between the interests of both. We try to find a meeting point between the economic interests of the investor and the social progress of the host State. International arbitration under the umbrella of ISCID, complemented by bilateral treaties (BITs) and investment contracts, requires an approximation of the two main objectives of foreign investment: efficiency in the return of investment and technological and social progress of the host State.

1. Introdução

Face à conjuntura de globalização económica que se desenvolveu nas últimas décadas, verificou-se um incremento das relações entre grandes companhias multinacionais e Estados em vias de desenvolvimento, carentes de investimento estrangeiro direto para potenciar o seu crescimento e desenvolvimento económico e social. O investimento estrangeiro tornou-se, assim, um tema forte e omnipresente na comunidade económica e jurídica, despertadas pela liberalização dos mercados e capitais, e com um conjunto de novos problemas jurídicos para solucionar.

Nesta nova ordem mundial, constata-se que os Estados de origem dos investidores estrangeiros celebram acordos com os Estados potencialmente recetores desse investimento, com o intuito de proteger os investidores, nomeadamente garantir o lucro almejado e traçar o quadro legal regulador das relações económico-jurídicas entre as partes. Os segundos focalizados no desenvolvimento económico do seu território e, por isso, ávidos de capital externo, aceitam, a maioria das vezes, acordos limitadores da sua capacidade regulatória e do seu poder administrativo na condução e fiscalização dos contratos de investimento estrangeiro.

Refira-se que a implementação de determinadas políticas governamentais, direcionadas para a melhoria da qualidade de vida das populações tem provocado, na ótica dos investidores, verdadeiras violações aos acordos de investimento[6].

Apesar destes últimos conterem a panaceia das obrigações assumidas pelas partes, os Estados hospedeiros ficam, muitas vezes, limitados no seu poder regulatório, demitindo-se das funções que lhe são inerentes, proporcionando assim atropelos aos mais elementares Direitos Fundamentais.

Torna-se, então, imprescindível a adoção, quer pelos Estados hospedeiros, quer pelos Estados de origem dos investidores, de um quadro normativo capaz de compatibilizar e equilibrar os interesses envolvidos e o respeito por aqueles Direitos Fundamentais. Para uma eficaz proteção destes Direitos, urge responsabilizar socialmente a entidade investidora perante a sociedade em geral.

2. Revisão de Literatura

De acordo com vários autores, o investimento estrangeiro é um instrumento através do qual as empresas procuram capitalizar-se, otimizar a produção e aceder ao controlo de recursos naturais (Bohoslavsky, 2015). A atitude colonialista dos investidores, centrada na maximização dos lucros, não tem permitido um efetivo desenvolvimento e progresso social das populações. (Jacob, 2010). A ausência de preocupação com a proteção dos direitos humanos tem sido objeto de reflexão por parte da OCDE, das Nações Unidas, bem assim como da União Europeia (Nunes, 2015), (Perez, 2016).

As empresas transnacionais, de grande poder económico, envolvidas no investimento, devem encarar a responsabilidade social e corporativa como um fator estratégico no mercado em que atuam. A sua natureza oligopolista tende a desviar o seu comportamento do foco social (Anjos, M. R. 2016). Para garantir no longo prazo o investimento realizado e as suas contrapartidas os investidores devem estar envolvidos no progresso social dos estados hospedeiros (Pego, 2006).

[6] A este propósito, vd. Caso Philip Morris Vs República do Uruguay. A tabaqueira americana intentou um processo arbitral em 2010 contra a República do Uruguay, exigindo uma compensação pela violação do contrato de investimento estrangeiro, cujos ganhos económicos, alegou a companhia, ficaram seriamente prejudicados pelas políticas antitabágicas do país. O desfecho do processo foi, porém, favorável ao Uruguay, por Acórdão histórico proferido pelo Centro de Arbitragem Internacional.

O bem-estar social alcançado a partir do investimento estrangeiro é o principal garante do sucesso empresarial e da estabilidade, quer na ótica do investidor, quer do estado hospedeiro [Costa, 2005, a) e b)].

Nestes contratos de investimento estrangeiro o meio usual de resolução de litígios é a arbitragem internacional, especialmente a que se desenvolve sob os auspícios do Banco Mundial. Porém, a arbitragem tem como referencias dominantes o princípio da liberdade contratual e a igualdade das partes, o que, no caso, não se verifica, dado o estado de sujeição em que se encontram os Estados hospedeiros, dependentes de capital estrangeiro (Soria, 2015).

Este trabalho pretende refletir sobre todas estas problemáticas, salientando a necessidade de alcançar um ponto de equilíbrio entre os interesses envolvidos e respetivos protagonistas, priorizando a responsabilidade social e corporativa e o respeito efetivo pelos direitos humanos. Em suma, que o investimento estrangeiro contribua para um efetivo aumento do bem-estar e do progresso social das populações e não para uma globalização da pobreza (Chossudovsky, 2003)

Os Estados hospedeiros não devem demitir-se do seu papel de zelar pelo efetivo interesse público da sua população. Não podemos esquecer que se trata de contratos com prerrogativas de direito administrativo que não podem ser deixadas ao arbítrio das partes. A Administração dos Estados hospedeiros não pode demitir-se de zelar pelo interesse geral, sendo que não é sua detentora, mas antes sua servidora e, por isso, o Direito deve triunfar face à prepotência e à corrupção. (MEILÁN GIL, J. L., 2013)

3. Investimento estrangeiro e progresso social:"*statement question*"

O investimento direto estrangeiro é um instrumento ao qual as empresas recorrem para se capitalizar, para otimizar a produção e aceder ao controlo dos recursos naturais.

O investidor, através do investimento direto estrangeiro, adquire um interesse duradouro em empresas situadas noutros territórios, conseguindo, assim, operar além-fronteiras. A relação de investimento pressupõe, na maioria dos casos, a existência de uma empresa mãe e de uma filial estrangeira, ficando esta sob controlo da primeira.

Tem-se entendido que tal controlo adquire expressividade com a titularidade pela empresa mãe de pelo menos 10% das ações ou do direito de voto relativamente à segunda.

O investimento direto estrangeiro potencia fluxos de capital, razão pela qual as empresas podem vir a expandir as suas atividades através de subsidiárias localizadas em outros Estados.

O investimento estrangeiro assume particular relevância nos setores da extração de recursos naturais, da indústria manufatureira e dos serviços. Não esquecendo o seu contributo para o desenvolvimento sustentável. Mas em que medida é assegurado, em cada contrato de investimento estrangeiro, o contributo do investidor para o progresso tecnológico e social do estado hospedeiro?

A regulamentação do investimento deve ter em consideração as particularidades políticas, económicas e sociais dos Estados envolvidos, a conjuntura mundial e o mercado internacional, não descurando as condições de vida das populações dos territórios onde ocorrerá o investimento.

Na atualidade, são as empresas as protagonistas do desenvolvimento económico mundial. Impõe-se uma reflexão profunda sobre o seu papel no mundo global com a necessária assunção de responsabilidades sociais e a consequentemente proteção dos Direitos Humanos. Dito isto, impõe-se analisar o meio de resolução normal destes litígios através da arbitragem, especialmente a de investimento estrangeiro (ISCID), procurando aquilatar se esta é ou não sensível a questões sociais. Eis as questões em análise.

4. A importância da introdução de uma "cláusula de progresso", nos contratos de investimento estrangeiro

O comportamento marcadamente colonialista dos investidores tem demonstrado grande desinteresse perante as necessidades das populações atingidas com o investimento.

Na esmagadora maioria dos acordos, os investidores comprometem-se a melhorar as condições de vida das populações, designadamente a implementação de escolas, hospitais e infraestruturas. Porém, frequentemente, após a realização do investimento, esquecem a concretização das obrigações sociais assumidas.

É urgente responsabilizar os investidores, mas sobretudo os responsáveis políticos dos estados hospedeiros pela incúria e falta de sentido de estado que transparece em muitos destes contratos de investimento estrangeiro. Dito de uma forma simples, há que introduzir em cada um destes contratos cláusulas adequadas à defesa dos povos anfitriões, de modo a garantir o interesse geral das populações. Neste sentido, seria suficiente a inclusão de uma

cláusula nos contratos de investimento estrangeiro, que garantisse a obrigação das companhias investidoras proporcionarem localmente o desenvolvimento tecnológico, económico e social decorrentes do próprio investimento (MEILÁN GIL, J. L. 2006).

Esta "*cláusula de progresso*" a inserir em cada contrato de investimento estrangeiro deve garantir que o conhecimento, a formação, os processos de fabrico sejam partilhados entre as partes, de modo a permitir uma partilha justa dos ganhos económicos proporcionados pelo investimento estrangeiro. Garantir, em suma, que o investidor se compromete a zelar pela própria preservação dos recursos, adequando os processos de produção ou extração em conformidade com o conhecimento tecnológico e os avanços da ciência, protegendo as populações locais e potenciando o seu desenvolvimento económico e social, tanto mais os sectores visados por este investimento são, muitas vezes, serviços públicos de interesse económico geral.

A previsão em cada contrato de uma cláusula estipulando obrigações de serviço público a realizar no Estado hospedeiro pode ser, pois, o fator de reequilíbrio dos interesses em presença. (MEILÁN GIL, J. L., 2006)

É fundamental contrariar a tendência de uma nova ordem mundial assente no aproveitamento dos recursos da humanidade, sem equidade na redistribuição dos lucros, que se alimenta da pobreza e destrói o ambiente, sem respeito pelos direitos humanos e sem preocupações com o bem-estar e progresso social das populações. Este mesmo princípio, assente na equidade e adequada ponderação do interesse das partes em prol do interesse económico do investidor mas sem prejuízo do interesse geral das populações do estado hospedeiro, deve estar presente em toda a conduta de Estado, quer na negociação de um contrato de investimento estrangeiro, quer na contratação pública (MEILÁN GIL, 2013), interna ou internacional, quer na implementação da concorrência de mercado nos serviços públicos essenciais ou, na designação europeia, serviços de interesse económico geral (ANJOS, M.R. 2015). Outro caminho é inaceitável, injusto e gerador de potenciais conflitos de consequências incontroláveis para as economias frágeis dos estados hospedeiros, às quais correspondem regimes políticos instáveis e propícios a extremismos fáceis de se instalarem num contexto de injusta repartição dos benefícios do investimento estrangeiro.

A maioria dos estudos existentes sobre investimento estrangeiro está focada na análise dos efeitos meramente económicos do investimento (efeito multiplicador de riqueza/acelerador do PIB). Do nosso ponto de vista há que humanizar a análise. É essa uma das motivações para esta reflexão.

O enfoque deste trabalho é salientar a importância do impacto do investimento estrangeiro ao nível do progresso social das populações. Deste ponto de vista, trata-se de uma abordagem focada na humanização do próprio direito, enquanto instrumento de proteção impulsionador do bem-estar das populações nas economias emergentes (Estados hospedeiros).

As empresas multinacionais devem, para além da responsabilidade societária, perante acionistas e clientes, responder pelos seus comportamentos, quer em relação aos trabalhadores, quer em relação à sociedade em geral. Esta é uma responsabilidade social e corporativa, entendida como o conjunto de boas práticas desenvolvidas pelas empresas multinacionais, para garantia os direitos dos trabalhadores e proteção do meio ambiente do território onde atuam (Costa, 2005).

Tal responsabilização destina-se a implementar o bem-estar social da comunidade, ultrapassando o intuito lucrativo, promovendo a evolução, eficácia e aplicação do direito interno dos Estados hospedeiros (Cardia, 2014).

As práticas empresariais devem assentar em modelos de sustentabilidade económica, social e ambiental. Tornando-se imperioso fomentar o diálogo entre todos os protagonistas.

Em caso de litígio emergente impõe-se uma adequada ponderação dos interesses em presença, o que impõe uma arbitragem sensata, isenta e descomprometida com as partes em litígio.

Porém, a natureza e poder das empresas em presença no investimento estrangeiro impõem um cuidado acrescido de modo a evitar que os lucros do investimento realizado sejam inteiramente absorvidos pelos investidores em prejuízo do bem-estar das populações nos estados hospedeiros.

Por outro lado, também se impõe proteger os direitos humanos e sociais dos povos dos estados de onde provêm os investidores, pois que, a sua opção pela realização do investimento noutros países é, muitas vezes, motivada pela fuga às elevadas responsabilidades sociais que a legislação dos estados mais desenvolvidos impõe, nomeadamente em matéria de direito laboral, proteção social e encargos fiscais (Chossudovsky, M. 2003).

Na Europa, a Comissão Europeia publicitou em 2011 a sua nova política sobre responsabilidade social e corporativa, muito embora os resultados ainda estejam longe de alcançar o desejável. Esta responsabilidade deve ser encarada como um fator estratégico para a competitividade das empresas, numa perspetiva de lutar contra uma globalização

desumana, alheia aos direitos humanos e conducente a uma globalização da pobreza sem precedentes. (Chossudovsky, M. 2003).

De salientar, a este propósito, os benefícios da paz social, da gestão de riscos, redução de custos, acesso ao capital, relações com os clientes, gestão dos recursos humanos e capacidade de inovação.

Em suma, o progresso social dos povos garantirá, a longo prazo, maior estabilidade política, paz social e melhor acolhimento das empresas investidoras.

A responsabilidade social e corporativa deve também ser vista como um mecanismo impulsionador das boas relações entre as empresas, incluindo colaboradores e consumidores, potenciando modelos empresariais sustentáveis que contribuam para o aumento da confiança das relações, refletindo-se no próprio crescimento (Nunes, 2015).

Por último, a *"responsabilidade social das empresas está em clara sintonia com os objectivos da estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, nomeadamente com a meta de 75% no plano do emprego. O comportamento empresarial responsável é especialmente importante quando operadores do sector privado prestam serviços públicos*" (Comissão Europeia, 2011).

As empresas são agora incentivadas a adotar estratégias inovadores, devendo minimizar todos os impactos negativos. Neste sentido, existem também orientações, a nível internacional, designadamente da OCDE e das Nações Unidas, que tendem a influenciar o comportamento das empresas no que toca à proteção do meio ambiente e disciplina jurídica das relações socioeconómicas. Neste contexto, a Organização das Nações Unidas não só implementou um Pacto Global destinado a encorajar as empresas a adotarem políticas de responsabilidade social, corporativa e de sustentabilidade, promovendo o diálogo entre empresas, ONU, sindicatos, organizações não-governamentais e outros, como também incentivando o mercado global, a sua inclusividade e sustentabilidade.

Para alcançar tal desiderato tem-se mobilizado a comunidade empresarial, sobretudo internacional, através da implementação de princípios, conexionados com os direitos humanos, designadamente no domínio do trabalho, meio ambiente, combate à corrupção e ao crime de colarinho branco (Anjos, M. R.,2016).

5. A importância da «Cláusula de Progresso» na arbitragem como meio de resolução de litígios em sede de investimento estrangeiro

Por tudo o que vem exposto, concluímos que a introdução de uma «cláusula de progresso» no clausulado dos contratos de investimento estrangeiro assume uma importância

crucial, também, como fio condutor para eventuais futuras decisões arbitrais em sede de resolução de litígios.

Há que referir, usando como referência a célebre e recente decisão "Philip Morris vs Uruguay", que mesmo na ausência de uma cláusula expressa no clausulado do acordo / contrato de investimento estrangeiro, é dever do tribunal arbitral ponderar os interesses em presença de forma adequada, proporcional, justa e conforme ao princípio subjacente ao próprio mérito do investimento estrangeiro. Defendemos que esta «cláusula de progresso» é um imperativo inscrito no espirito do direito dos contratos e dos benefícios do comércio internacional.

Sabemos que os acordos de investimento consagram como meio de resolução de litígios a arbitragem internacional. O que se compreende.

Apesar de o investimento acarretar benefícios para as duas partes envolvidas, há interesses conflituantes. Por um lado, os investidores pretendem maximizar os lucros e, por outro, os Estados pretendem retirar vantagens dessa relação, seja através de políticas fiscais, seja através da assunção de compromissos como moeda de troca de determinados objetivos a atingir.

O recurso à arbitragem pretende também evitar a atuação dos tribunais estaduais do país hospedeiro do investimento. Não esqueçamos o grande ceticismo, por parte dos investidores, quanto à falta de imparcialidade destes órgãos, à morosidade processual, à inadequação das leis nacionais e á complexidade das questões a decidir. Invocam ainda como fundamento para o recurso à arbitragem os regimes políticos autoritários, a instabilidade política e a pouca seriedade no cumprimento das obrigações contratualmente assumidas pelos Estados hospedeiros.

A violação daqueles acordos dá origem a demandas arbitrais e, com frequência, a condenações dos Estados hospedeiros em avultadas indemnizações a favor dos investidores. Assim, a cláusula de arbitragem inserida nos acordos é entendida como cláusula protetora do investimento e do investidor, com a particularidade de somente os investidores poderem demandar os Estados por via da arbitragem. Tal situação consubstancia uma verdadeira violação do princípio da igualdade entre as partes, funcionando em clamoroso desfavor dos Estados hospedeiros (Bohoslavsky, 2015).

A proliferação do investimento estrangeiro contribuiu sem dúvida, para a flexibilização regulatória do investimento, com maiores regalias a favor do investidor. As cláusulas do tratamento justo e equitativo, da Nação mais favorecida e de expropriação são

disso real exemplo. A generalização de cláusulas standard, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, permitem grande arbitrariedade ao julgador.

Desde a assinatura da Convenção de Washington e da criação do Centro Internacional para a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos, sob a alçada do Banco Mundial, que os litígios de investimento direto estrangeiro têm sido, na sua maioria, submetidos à arbitragem daquele centro (ISCID).

A arbitragem ISCID tem-se revelado por investidor, condenando, muitas vezes, os Estados hospedeiros por comportamentos, alegadamente, violadores dos respetivos Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos (BIT'S). O Acórdão Philip Morris parece ter anunciado uma inflexão nessa tendência. Mas justifica-se a clarificação do espírito subjacente à defesa do investimento estrangeiro com o motor de desenvolvimento.

6. Conclusões

A regulação do investimento direto estrangeiro é um tema controverso.

As leis nacionais dos Estados hospedeiros, que seriam as naturalmente aplicáveis, enquanto leis do lugar onde ocorre o investimento, não têm sido aplicadas a este tipo de relações devido ao grande ceticismo dos investidores. A sua pouca flexibilidade e adequação a este tipo de situações têm contribuído, inquestionavelmente, para a sua não aplicação.

A opção radica na aplicação das normas constantes dos próprios acordos ou contratos de investimento e no Direito Internacional Público, regulador das relações entre Estados. Impõe-se uma inevitável reflexão sobre a assunção da responsabilidade social e corporativa por parte das empresas investidoras (Kaushal, 2009).

Importa ter em conta o enorme poder económico e político destas empresas investidoras, habituadas a desenvolver as suas atividades em mercados oligopolistas e detentoras de uma posição dominante suscetível de controlar o poder político dos estados hospedeiros (Pego, M. 2007).

Os acordos de investimento devem conter cláusulas específicas, capazes de obrigar os seus sujeitos a implementar o desenvolvimento sustentável, para além de protegerem os interesses meramente económicos.

Nesse clausulado impõe-se a introdução de uma **«cláusula de progresso»**, que imponha a obrigação de promover o progresso tecnológico, produtivo e social, a cargo da empresa investidora. Sabemos, além do mais, que o investimento estrangeiro se centra, maioritariamente, em determinados setores, designadamente na indústria extrativa, química,

do ferro, da petroquímica, energia, gás, telecomunicações, entre outras. Estes setores, como sabemos, são responsáveis pela emissão de poluentes com forte impacto ambiental. Assim sendo, deverá acautelar-se, nas relações entre as partes, a responsabilidade social corporativa do investidor.

Não basta que as empresas cumpram a lei, abstendo-se de causar danos. É necessário que considerem nos seus custos de investimento ou outros a responsabilidade social pelo progresso tecnológico, económico e ambiental do Estado hospedeiro. (Pérez, 2016).

A regulamentação internacional apresenta-se, neste âmbito, deveras exígua, exprimindo-se, maioritariamente, através de quadros normativos de soft law, insuficientes para a garantia do interesse geral em presença no Estado anfitrião. (Schreuer, 2010). Os princípios de Direitos Humanos devem ser transversais, quer às instâncias decisórias, quer à produção normativa de fonte estadual ou consensual. A funcionalidade económica, base do investimento direto estrangeiro, deve articular-se com a proteção daqueles Direitos. (Jacob, 2010). As relações "transnacionais", fruto da sua especificidade e interesses, fazem dos instrumentos contratuais o pilar da regulamentação, potenciando a supremacia dos interesses empresariais. Assim, e apesar dos esforços da ONU na inclusão de cláusulas protetoras dos direitos fundamentais, há que ser mais incisivo e forte na inclusão de deveres de resultado em prol do progresso tecnológico, económico e social da população do Estado anfitrião.

Diga-se que a cláusula de tratamento justo e equitativo tem um significado idêntico ao padrão mínimo internacional de tratamento assegurado aos estrangeiros e à sua propriedade, artigo 1105º do NAFTA (Tratado Norte-Americano de Livre Comércio). Mas há que ir mais longe obviando a discussão em torno da sua natureza de garantia autónoma, tomando com referência critérios de justiça, equidade e boa-fé e respeito pelos direitos humanos e sociais em presença (Soria, 2015 e Schreuer, 2010).

Por outro, a UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - tem entendido que o padrão do tratamento justo e equitativo é um elemento de extraordinária importância nos acordos de investimento estrangeiro. Não esquecendo que é o padrão mais invocado pelos s investidores nos conflitos de investimento (Arenhart, 2013).

Neste contexto a introdução de uma cláusula de progresso, afigura-se como um complemento crucial para o reequilíbrio dos interesses das partes e para servir de mais uma orientação determinante a seguir pelos tribunais arbitrais na resolução de litígios nesta matéria. É obrigação dos Estados contratantes cumprirem com a sua função de defesa do interesse geral em presença, negociando o acordo/contrato de investimento.

Concluímos, citando MEILÁN GIL que *"Al cumplir con el ordenamiento jurídico, la Administración está sirviendo el interés general concretado en el contrato. No siempre la prerrogativa, como han demostrado la historia y la praxis, se ha ejercido en favor del interés público. En no pocas ocasiones es una imposición que encubre las deficiencias de la Administración en la preparación del contrato con la aquiescencia del contratista, agudizada en momentos de crisis económica. El abandono de la prerrogativa que se propone no es el triunfo del interés privado sobre el público, que sigue siendo prevalente, sino el triunfo del Derecho frente a la prepotencia y la corrupción.»* (MEILÁN GIL, J. L., 2013)

References:

Anjos, M. R. (2016) Serviços de Interesse Económico Geral, Concorrência e Garantias dos Cidadãos Usuários - Um estudo à luz do Direito Comunitário. Centro de Publicações do ISMAI , Maio de 2016 ISBN: 978-972-9048-91-3

__2016, "Crime Corporativo", *Dicionário Crime, Justiça e Sociedade*, AAVV, Edições Sílabo,

Arenhart, FS 2013,"Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé", *Revista de Direito Internacional, Vol. 10, No.1*, pp. 154-170.

Bohoslavsky, JP 2015, "Inversiones Extranjeras Y Derechos Humanos: Entre la Permanencia y el Cambio", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 3, N° 5, No. 5*, pp. 65 - 94.

Cardia, AC 2014, *Empresas, Direitos Humanos e Género: Desafios e Perspetivas na Proteção e na emancipação da mulher pelas empresas transnacionais***,** Master Dissertation, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

CE 2011, "Responsabilidade social das empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014", Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Bruxelas, available: file:///C:/Users/mbaptista/Downloads/Estrategia_UE_RSE_COM_COM_2011_0681_PT.pdf

Chossudovsky, M 2003, *The Globalization of Poverty and the New World Order.*

Costa, MAN 2005 a), *"*Fazer o bem compensa? Uma reflexão sobre a responsabilidade social empresarial*"* Revista Crítica de Ciências Sociais, 73, pp. 67-89.

Costa, MAN 2005 b)*, "*Mudanças no mundo empresarial: a responsabilidade social empresarial*" Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia*, Universidade de Coimbra, available: http://www.ces.fc.uc.pt/ publicações/oficina/230/pdf

Feeney, P (2009), "A luta por responsabilidade das empresas no âmbito das nações unidas e o futuro da agenda de advocacy", *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, Vol. 6, No.11*, pp. 174-191.

https://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452009000200009

Kaushal, A 2009, "Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime, *Harvard International Law Journal*, *Vol. 50, No.2,* pp. 491-534.

Jacob, M 2010, *International investment agréments and human rights*, *INEF research paperseries, Human Rights, Corporate Responsibility And Sustainable Development, No.3,* available: http://www.humanrights

business.org/files/international_investment_agreements_and_human_rights.pdf

Meilán Gil, J. L. (2006) Progresso Tecnológico y Servicios Públicos, Marcial Pons, Madrid

__ (2013) Las prerrogativas de la Administración en los contratos Administrativos – propuesta de revisión, in Revista de Administración Pública, Nº 191, Mayo-agosto 2013, Madrid, pp 11-41
__ (20169 Un Meeting Point de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública, in https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/viewFile/
Nunes, MLGC 2015, Antes sê-lo do que parecê-lo? *A Relação entre a Perceção de Responsabilidade Social das Organizações, a Motivação Percebida para o Envolvimento em Práticas Socialmente Responsáveis, a Imagem Corporativa e a Intenção de Compra,* Master Dissertation, Escola de Ciências Sociais e Humanas, Instituto Universitário de Lisboa.
Pego, JPFM 2007, *O Controlo dos Oligopólios pelo Direito Comunitário da Concorrência - A Posição dominante colectiva,* Tese de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina.
Pérez, RV 2016, "Las inversions Extranjeras, El desarrolo Sostenible Y el Derecho Humano al Agua: Un conflict no Resuelto", *Revista de Derecho, Agua y Sostenibilidadad, nº 0*, pp. 1 - 25.
Schreuer, C 2010, "Fair and equitable treatment", *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration – Diversity and Harmonisation (A. K. Hoffmann ed),* pp. 125 - 135.
Soria, JS 2015, *A interpretação do tratamento justo e equitativo como princípio de proteção do investimento estrangeiro*, Report for the degree of Bachelor of Law and Social Sciences, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, available: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/juliana_soria.pdf

A responsabilidade jurídica na gestão de resíduos sólidos urbanos: breve análise comparativa entre a lei portuguesa e a lei brasileira

Roberta Fernandes De Faria[1]

Laura Magalhães[2]

1 - INTRODUÇÃO

Há tempos já se discute a respeito da destinação dos resíduos sólidos dentro do universo de preocupações ambientais, haja vista ser, a produção de lixo, um grande fonte de poluição. Hoje, a destinação final dos resíduos (lixo) produzido está diretamente ligada à preservação do ambiente.

Neste cenário, surge o Direito dos Resíduos, que é um ramo do Direito Ambiental que tem a função de promover a prevenção de danos aos bens ambientais diretamente ligados à gestão dos resíduos, desenvolvendo-se desenvolve um conjunto de princípios e normas jurídicas que pretende construir um ambiente sadio e equilibrado. Neste contexto surgiram ao Decreto-Lei 178/2006 (Regime Geral da Gestão de Resíduos), em Portugal e a Lei 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), no Brasil, que dependem de uma compreensão plena dos seus ditames em razão das responsabilidades que elas implicam.

Nos moldes dos diplomas legais citados, parece que a relação coisa e pessoa que permite que alguém afirme "Isto é meu e eu vou coloca-lo em qualquer lugar e do jeito que me aprouver" não se coaduna com a concepção atual de resíduos sólidos, cuja incorreta disposição pode causar consequências negativas para o ambiente. Sendo assim, as condutas omissivas e comissivas são relevantes para fins de responsabilização.

2 - O DIREITO DOS RESÍDUOS

[1] Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Investigadora do CEIS 20 (Universidade de Coimbra), Mestre em Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pela Universidade de Coimbra, advogada

[2] Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (UFF). Pesquisadora visitante da Universidade de Vigo, Mestre em Direito e Políticas Públicas (UNIRIO), advogada

No cenário em que a destinação dos resíduos passa a ser uma preocupação ambiental, SOARES, SALGUEIRO e GAZINEU[3] entendem que:

"*Um dos maiores problemas do meio ambiente é a produção do lixo. Anualmente são produzidos milhões de toneladas de lixo, contendo vários materiais recicláveis como vidros, papéis, latas, dentre outros. Reaproveitando os resíduos antes de serem descartados, o acúmulo desses resíduos no meio ambiente diminui e com isso a poluição ambiental é minimizada, melhorando a qualidade de vida da população.*

Atualmente, a destinação final do lixo produzido diariamente, principalmente pela população urbana, está vinculada diretamente à preservação do meio ambiente.

Os resíduos sólidos têm grande importância na degradação do solo. Devido a sua grande quantidade e composição, contaminam o solo chegando até mesmo a degradar os lençóis de água subterrânea. A valorização da limpeza pública e a educação ambiental contribuem para evitar a contaminação do solo e para a formação de uma consciência ecológica."

O Direito dos Resíduos consiste na proteção do bem ambiental. Neste passo, a função protetora do Direito dos Resíduos é dirigida à prevenção de danos aos bens ambientais diretamente ligados a gestão dos resíduos, haja vista as inerentes características de nocividade que os resíduos possuem e de como isso pode afetar o ambiente. Sendo assim, diante da preocupação de prevenção contra danos ambientais, no campo do Direito dos Resíduos se desenvolve um conjunto de princípios e normas jurídicas que pretende construir um ambiente sadio e equilibrado.

Cumpre acrescentar que a temática dos resíduos está inteiramente ligada aos processos de urbanização, pois é basicamente no espaço urbano que se unirão a produção, o consumo desenfreados e os impactos dos resíduos provenientes dessas atividades no ambiente.

Impende destacar que a proteção do ambiente é fruto de um processo de amadurecimento nas questões ambientais na Europa e, mais tardiamente, no Brasil, sendo alçado à categoria de direito fundamental e recebendo um artigo específico para sua proteção. Na Constituição da República Portuguesa de 1974, em seu artigo 66º, está consagrado o direito de todos, a um ambiente de vida humano sadio e ecologicamente equilibrado, também sendo determinado que cabe tanto ao poder público quanto à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, está consagrado o direito de todos, a um meio ambiente ecologicamente

[3] SOARES; SALGUEIRO; GAZINEU, 2007, p. 2.

equilibrado, determinando também, que cabe tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Há, em ambas as cartas magnas, a afirmação de um dever genérico de proteção ao ambiente e de uma responsabilidade ética em relação às gerações presentes e futuras[4] que são traduzidos por obrigações concretas.

3 - RESÍDUO: DE COISA ABANDONADA A BEM SOCIOAMBIENTAL

Em sua tese de livre-docência, LEMOS[5] propõe que o resíduo sólido deixa de assumir a natureza jurídica de *res derelictae*. Esta última explica que na Roma antiga já havia uma previsão relativa aos resíduos e a limpeza das cidades ficava a cargo dos *Edis Curuis*, que eram magistrados de baixa hierarquia. Seu tratamento jurídico dado à época foi o de *res derelicta* (coisa abandonada), o que significa que o abandono da coisa isentava o seu titular de responsabilidade, pois, nos ditames do Direito Romano, o abandono configura perda do direito de propriedade, desde que haja "*um comportamento do proprietário da coisa que inequivocadamente traduza a sua intenção de abandoná-la*"[6]. Acontece que o regime jurídico geral dos direitos reais mostra-se inadequado para a atual concepção dos resíduos, haja vista que prevê o abandono como forma de extinção do direito de propriedade, como se verá adiante.

Com o desenvolvimento do comércio na época da Idade Média, as cidades cresceram imensamente, levando os problemas dos resíduos a grandes proporções, uma vez que o "lixo" era jogado nas ruas. Cumpre lembrar que tal fato é apontado como causa da peste negra na Europa Ocidental, resultando na morte de metade da população em apenas quatro anos[7]. LEMOS ainda ressalta que, após a Revolução Industrial, os problemas com os resíduos continuaram a aumentar e estes últimos passam a ser tratados como um problema de vizinhança. Com o decorrer da história e ainda com base nas lições de LEMOS, os resíduos passaram a ser um problema ambiental de cuja solução depende a sobrevivência humana, tomando proporções nunca antes vistas.

[4] O artigo 66°, nº 2, d), dispõe sobre a solidariedade entre as gerações na proteção do ambiente ao destacar que na proteção do ambiente, incube ao Estado e aos cidadãos "Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações".

[5] LEMOS, 2012, p. 84.

[6] ALVES, 1983, p. 360.

[7] Quando trata da evolução do problema dos resíduos, Alexandra Aragão diz que o problema era justamente a falta de gestão de resíduos (ARAGÃO, 2006. p. 72-73).

NAIME e ROCHA[8] concordam que os resíduos sólidos não devem ser considerados nem como *res nullius* (coisa sem dono), nem *res derelicta* (coisas que tinham dono, mas que este as abandonou). Para eles, em razão das características físicoquímicas e poluentes dos resíduos sólidos, esses passam a assumir uma natureza jurídica de *res publica*, levando em consideração os efeitos para quem gerou e quem tem o poder-dever de recolhê-la, sendo certo que o poder público tem o dever de impedir que qualquer um tome para si a função da destinação, mesmo que o faça com o fim de reutilização ou reciclagem, sem qualquer fiscalização, licenciamento, autorização e controle por parte da administração pública.

O ciclo econômico clássico abrangia apenas as fases da produção, a distribuição e o consumo dos produtos, sem qualquer referência aos resíduos finais. Desta forma, o problema da *res derelictae* repousa na falta de responsabilidade sobre os resíduos finais, uma vez que a coisa abandonada passava a não pertencer ao patrimônio de ninguém. É a partir do paradigma de que os resíduos são um problema socioambiental que LEMOS entende que o regime jurídico geral dos direitos reais advindo do Direito Romano mostra-se insuficiente e inadequado para a atual concepção dos resíduos, posto que prevê o abandono como forma de extinção do direito de propriedade. A mesma autora levanta a hipótese de que a natureza jurídica dos resíduos sólidos passa a ser de um bem socioambiental, pois, segundo a mesma, a atual concepção do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração impõe uma nova interpretação do direito de propriedade e da sua função socioambiental, gerando responsabilidade do proprietário ou do possuidor[9]. Sendo assim, qualquer bem relevante para as presentes e futuras gerações tem dupla titularidade, ou seja pertence ao proprietário e à sociedade, como interesse difuso, vinculando o seu proprietário mesmo para fins de destinação final.

Para a percepção atual dos resíduos como sendo uma questão ambiental, deve-se levar em conta o crescimento da população mundial decorrente, especialmente, da melhoria da qualidade de vida e dos alimentos, gerando um incremento na expectativa de vida, além do próprio impacto paisagístico que pode causar, afetando a fauna, a flora e os recursos naturais em geral. Desta forma, a alteração nos padrões de produção e consumo e as responsabilidades decorrentes do pós-consumo são preponderantes para a manutenção da vida das presentes e futuras gerações.

---

[8] NAIME; ROCHA, 2009, p. 1.

[9] Cf. LEMOS, 2008, p. 94 *et seq*.

4 - O RESÍDUO

ARAGÃO ensina que "*os resíduos são simplesmente coisas físicas apropriáveis: são objetos com existência corpórea (em estado sólido, líquido ou gasoso, desde que seja apropriável, por exemplo, se estiver engarrafado). Não são resíduos, nesta acepção, emissões residuais em estado não sólido, como emissões térmicas, visuais, acústicas, luminosas ou radioativas*"[10].

Na União Europeia, o primeiro conceito de resíduo foi dada pela Diretiva 75/442/CE, que em seu artigo 1º dispõe que resíduo é "*qualquer substância ou objeto de que o detentor se desfaz ou tem a obrigação de se desfazer por força das disposições nacionais em vigor*"[11]. Tal conceito foi alterado pela Diretiva 91/156/CE que, na alínea a) do seu artigo 1º, definiu como resíduo "*quaisquer substâncias ou objetos abrangidos pelas categorias fixadas no Anexo I e de que* ***o detentor se desfaz ou tem a intenção ou a obrigação de se desfazer***" (grifo nosso). Nesta diretiva foram enumeradas 20 categorias de resíduos, as quais, posteriormente, passaram a fazer parte da Lista Europeia de Resíduos (LER)[12], estabelecido pela Decisão da Comissão 2000/532/CE, posteriormente alterada pelas Decisão da Comissão 2001/118/CE e 2001/119/CE. Esta lista consiste em "*uma lista harmonizada de resíduos a ser examinada periodicamente à luz dos novos conhecimentos*"[13] e se faz importante ressaltar que a própria LER deixa claro que a inclusão de determinada matéria no catálogo não significa que tal matéria seja sempre considerada resíduo, aplicando-se o conceito geral de que o resíduo depende de seu detentor dele se desfazer, ter a intenção de se desfazer ou ter a obrigação de se desfazer.

A Comissão Europeia[14] alertou para o fato de que tanto os produtos como os resíduos podem conter matérias tóxicas, sendo que os resíduos industriais apresentam, frequentemente, características que podem provocar riscos para o ambiente quando comparados com os produtos. Tal alerta se deve ao fato de que o teor dos produtos é, em geral, concebido e controlado de forma específica, mas a composição dos resíduos pode não

---

[10] ARAGÃO, 2006, p. 82-83.

[11] Patrícia Lemos adverte que esta concepção de resíduos dada pela Diretiva 75/442/CE mostra duas concepções do resíduo: jusprivatística e juspublicista, sendo que o conceito jusprivatístico de *res derelictae* é insuficiente para a proteção ao ambiente ecologicamente equilibrado, haja vista que "o abandono como forma de extinção da propriedade pode gerar efeitos negativos para a proteção ao meio ambiente". Além disso, o aspecto do interesse público é apontado para justificar uma intervenção administrativa, uma vez que a coletividade preocupa-se com que o abandono destes subprodutos pode alterar os sistemas naturais ou produzir consequências sanitárias negativas (LEMOS, 2012, p. 95).

[12] Em Portugal, o Catálogo Europeu de Resíduos foi publicado para a normativa nacional pela portaria 209/2004, estabelecendo a Lista Europeia de Resíduos.

[13] Fonte: Agência Portuguesa do Ambiente.

[14] **Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a Comunicação interpretativa relativa a resíduos e subprodutos (COM/2007/0059).**

ser tão clara e, por este motivo, é de extrema importância que os materiais sejam classificados corretamente como resíduos e não resíduos.

Há de se destacar que existe uma distinção entre os materiais que não são o objetivo principal de um processo de produção, mas que podem ser considerados como subprodutos que não são resíduos. É neste sentido que a Diretiva 2008/98/CE busca esclarecer melhor conceitos importantes para a sistemática de tutela dos resíduos, fazendo uma distinção entre resíduos e subprodutos. Assim, será considerado um subproduto, segundo o artigo 5º da norma citada, uma substância ou um objeto desde que atenda às seguintes condições:

"a) Existir a certeza de posterior utilização das substâncias ou objeto;

b) A substância ou objeto poder ser utilizado diretamente sem qualquer outro processamento que não seja o da prática industrial normal;

c) A substância ou objeto ser produzido como parte integrante de um processo de produção; e

d) A posterior utilização ser legítima, isto é, a substância ou objeto satisfazer todos os requisitos relevantes do produto em matéria ambiental e de proteção da saúde para a utilização específica e não acarretar impactos globalmente adversos do ponto de vista ambiental ou da saúde humana".

Segundo definição da Agência Portuguesa do Ambiente, subproduto é a "*substância ou objeto que resultam de um processo produtivo cujo principal objetivo não seja a sua produção (resíduo de produção), e que são utilizados diretamente, sem qualquer outro processamento, que não seja o da prática industrial normal*".

Por derradeiro, a Diretiva 2008/98/CE, estabelece que determinados resíduos específicos deixam de ser resíduos caso tenham sido submetidos a uma operação de valorização, incluindo a reciclagem.

No Brasil, com o advento da lei 12.305/2010 que instituiu a Política Nacional de resíduos Sólidos brasileira, ficou definido o conceito de Resíduos Sólidos como sendo "*material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível*" *(art. 3º, XVI).* Esta lei também faz a distinção entre resíduos e rejeitos quando em seu artigo 3º, XV define rejeitos como "*resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentam outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.*"

Como pode ser observado, no caso brasileiro, resíduos e rejeitos merecem tratamento diverso, restringindo a disposição final ambientalmente adequada somente para os rejeitos e, além disso, a classificação de uma matéria como resíduo é dinâmica e está sempre em evolução, de acordo com as novas tecnologias disponíveis. Cumpre registrar, no entanto, que na legislação brasileira não foi apresentado o conceito de subproduto ou matéria-prima secundária.

5 - A RESPONSABILIDADE JURÍDICA NA GESTÃO DE RESÍDUOS

5.1 - A Responsabilidade Alargada do Produtor: um modelo europeu

As questões de proteção ambiental foram discutidas pela primeira vez em círculos políticos da União Europeia na década de 1970. Desde então, uma série de princípios fundamentais do desenvolvimento sustentável, tais como o princípio da precaução, o princípio da prevenção e do poluidor-pagador, já explicados anteriormente, tornaram-se gradualmente fundamentais para o desenvolvimento de políticas, tanto no seio da União Europeia, quanto no mundo todo. O conceito de Responsabilidade Alargada do Produtor foi introduzido pela primeira vez por Thomas Lindhqvist, professor da Universidade de Lund, na Suécia. Em 1990, ele escreveu um relatório para o Ministério do Meio Ambiente sueco sobre esta política que coloca uma responsabilidade sobre o produtor e vendedor do produto em razão do impacto ambiental provocado pelo mesmo produto no seu fim de vida[15].

A lei geral portuguesa relativa aos resíduos, qual seja, o Decreto-Lei 178/2006, visa a corresponsabilizar todos os intervenientes no ciclo de vida dos produtos e melhorar o seu desempenho ambiental, nomeadamente os produtores, distribuidores e utilizadores e, em especial, os operadores diretamente envolvidos na recolha e tratamento dos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos.

No que diz respeito à responsabilidade pela gestão dos produtos no pós-consumo e, consequentemente, os seus resíduos, o supracitado diploma legal português estabelece a responsabilidade alargada do produtor, que tem como objetivo central incentivar a fabricação de novos produtos que contemplem e facilitem o seu conserto, eventual

[15] COOPMAN, 2015, p. 26.

atualização, reutilização, desmontagem e reciclagem, ou seja, promover um sistema fechado de retorno de materiais e das informações necessárias às melhorias dos produtos.

Ainda sobre a responsabilidade alargada do produtor, impende destacar que o Decreto-Lei 67/2014 de Portugal (relativo ao regime jurídico da gestão de resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos, transpondo a Diretiva n.º 2012/19/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012) dá a opção ao produtor de transferir esta responsabilidade se aderir a um sistema coletivo em que o gerenciamento dos resíduos fica a cargo de uma pessoa coletiva contratada para este fim. Caso o produtor opte por cumprir sua obrigação individualmente, isso deve se dar mediante a prestação de garantias financeiras que assegurem que os custos da gestão dos resíduos dos seus produtos não recaiam sobre a sociedade ou sobre os outros produtores.

Assim, a responsabilidade alargada do produtor permite uma internalização dos efeitos do consumo. A internalização total dos custos ambientais permite o financiamento da gestão sustentável e economicamente eficiente dos resíduos. Os custos ambientais, pelo menos, devem incluir custos de prevenção da poluição, de recolha, reciclagem e tratamento de resíduos. Estes custos ambientais devem ser incorporados no preço dos produtos. Como consequência, o consumidor, e não o contribuinte, assume todos os custos relacionados com os resíduos que produziu, o que é socialmente mais justo[16].

Impender lembrar que a deposição seletiva de resíduos tem importante papel na reciclagem e tratamento de resíduos, sendo os consumidores finais incentivados a contribuir para a separação e posterior deposição seletiva. Outro aspecto que vale a pena ser ressaltado é o design do produto, com o incentivo à reutilização e recuperação de embalagens para não serem descartadas.

Como se depreende do exposto, a responsabilidade alargada do produtor é um elemento chave na implementação de uma política de produção sustentável e de consumo, pois promove a reciclagem, a substituição e a utilização de matérias primas secundárias na produção de bens sustentáveis. Como resultado, ele deve melhorar o desempenho ambiental dos produtos ao longo do seu ciclo de vida, enquanto atende necessidades industriais e de consumo.

[16] COOPMAN, 2015, p. 27.

5.2 - A Responsabilidade Compartilhada pelo ciclo de vida do produto

No caso do Brasil, a recente Lei 12.305/2010, que institui a Política de Resíduos Sólidos brasileira, dispõe sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público. Esta lei trata a gestão de resíduos sólidos de forma generalista, o que resulta em soluções globais, não existindo, ainda, qualquer legislação que trate dos resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos especificamente.

A política de resíduos sólidos brasileira, qual seja, diferentemente do caso europeu que adota a responsabilidade alargada do produtor, instituiu a responsabilidade compartilhada, que atribui obrigações a todos os participantes da cadeia produtiva, quais sejam, indústria, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e o poder público. Esta lei define a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos como sendo o "*conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos*[17]". Segundo LEMOS[18], em matéria de pós-consumo, o ponto nuclear é a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produto: "do berço ao túmulo". Sendo assim, tal responsabilidade se dá na "*série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final*"[19]

A forma compartilhada de responsabilização dificulta a aplicação de mecanismos de controle, favorecendo, desta forma, os produtores que nunca arcam com o custo da gestão de resíduos, sendo os governos municipais que acabam por assumir estes custos.

6 - O PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DE PRIORIDADE DE GESTÃO

Importante destacar a validade dos princípios do Direito Ambiental, especialmente o da prevenção, o da precaução e o do poluidor-pagador (usuário-pagador). A aplicação

[17] Artigo 3º, inciso XVII, da Lei brasileira 12.305/2010.
[18] LEMOS, 2012, p. 210.
[19] Artigo 3º, inciso IV, da Lei brasileira 12.305/2010.

desses princípios permite entender que existe um elo entre as coisas descartadas e os personagens que as descartam. De acordo com a doutrina, o princípio do poluidor pagador implica na responsabilidade diante de externalidades negativas que podem ser geradas em razão do descarte dos resíduos. Tal princípio, no entanto, não trata de permitir a poluição mediante singelo pagamento. De acordo com FIORILLO[20], a noção do princípio do poluidor pagador apresenta duas vertentes: a) um caráter preventivo, pela procura na evitação do dano ambiental; e b) reparação do dano provocado. Nesse sentido, mostra-se razoável pensar que aquele que coloca em risco o ambiente durante o processo de produção por ele adotado deve se responsabilizar pelos custos decorrentes da necessária proteção, revelando-se, nessa ótica, sua dimensão preventiva.

No caso do Direito dos Resíduos, além dos principais princípios relacionados ao Direito Ambiental, aplica-se, também, mais um princípio, que é o da hierarquia de prioridade de gestão. De acordo com a Diretiva 2008/98/CE, a hierarquia dos resíduos estabelece uma ordem de prioridades do que constitui, geralmente, a melhor opção ambiental global na legislação e política de resíduos. Já a lei geral de resíduos, qual seja, o Decreto-Lei 178/2006, ao fazer referência ao princípio da hierarquia dos resíduos no artigo 7°, assim estabelece: "*A política e a legislação em matéria de resíduos devem respeitar a seguinte ordem de prioridades no que se refere às opções de prevenção e gestão de resíduos: a) Prevenção e redução;*b*) Preparação para a reutilização; c) Reciclagem; d) Outros tipos de valorização; e) Eliminação*".

Na hierarquia dos resíduos, as operações de eliminação deverão ser evitadas sempre que as alternativas sejam econômica e ambientalmente viáveis. As operações de eliminação devem ser consideradas operações de última hipótese, que não promovem a economia circular e que implicam, geralmente, maiores impactos ambientais. Face aos atuais padrões de produção e gestão de resíduos na União Europeia e, de certa forma, no mundo todo, a política de resíduos deverá considerar a redução da quantidade de resíduos eliminados como um desígnio a alcançar.

Na aplicação da hierarquia dos resíduos devem prevalecer as opções que conduzem a um menor impacto ambiental numa perspectiva de ciclo de vida, sendo que isto pode significar, nos casos de fluxos específicos de resíduos, uma alteração da hierarquia referida. A gestão de resíduos tem de ser considerada numa lógica em que a valorização dos produtos

[20] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco.**Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

em fim de vida signifique uma efetiva redução do impacto ambiental e na saúde humana ao longo do ciclo de vida do produto[21].

7 - **CONCLUSÃO**

O crescimento econômico e a evolução da sociedade, aliados à produção e distribuição massiva de produtos, geram o aumento de resíduos que tem repercussão negativa no ambiente e na saúde. A partir da concepção do ambiente como direito fundamental, a gestão destes resíduos fica sujeita à responsabilidade de todos os participantes do ciclo de vida do produto.

Os avanços das legislações sobre os resíduos, tratadas neste trabalho, realizaram grandes mudanças, para melhor, na gestão dos resíduos, fazendo com que todos os atores do ciclo de vida do produto se comportem de forma a se preocupar com a próxima etapa do produto na cadeia

Na responsabilidade jurídica, um ponto importante para a boa gestão de resíduos é a motricidade de todo um sistema se setores (industrial, comercial, consumidor) que trabalham de forma encadeada para conduzir os resíduos de volta ao setor industrial com o intuito de reaproveitar este como matéria prima na fabricação de outros produtos.

REERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1983.
ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Nível elevado de Proteção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos**.Coimbra: Almedina, 2006.
COOPMAN, Piet. ***Extended Producer Responsibility***: *Getting Right*. In: Revista *Waste Management World*, v. 16. Vienna: [s.n.], mar./abr. 2015.
FIORILLO, Celso Antônio Pacheco.**Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009
LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário**: análise do nexo causal. São Paulo: Ed. RT, 2008.

[21] Plano Nacional de Gestão de Resíduos 2014-2020, Agência Portuguesa do Ambiente. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/Residuos/Planeamento/PNGR_rev_20141107_clean.pdf>. Acesso em: out. 2018.

_____. **Resíduos Sólidos e a Responsabilidade Civil Pós-Consumo**. 2ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NAIME, Roberto; ROCHA, Cláudio Silva da. Panorama da Gestão de Resíduos Sólidos no Vale do Paranhama e Pesquisa sobre uso de Instrumentos Legais. In: **Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública**. n. 2, v. 2. Goiânia, ago./dez. 2009. Disponível em: <http://revista.ssp.go.gov.br/index.php/rebesp/article/viewFile/98/44>. Acesso em: out. 2018.

SOARES, Liliane Gadelha da Costa; SALGUEIRO, Alexandra Amorim; GAZINEU, Maria Helena Paranhos. Educação ambiental aplicada aos resíduos sólidos na cidade de Olinda, Pernambuco – um estudo de caso. In: **Revista Ciências & Tecnologia**. ano 1. n. 1. jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.unicap.br/revistas/revista_e/artigo5.pdf>. Acesso em: abr. 2018.

A garantia da resolução de conflitos nas organizações empresariais pela efetivação da cultura do diálogo

Luciane Mara Correa Gomes[1]

Marcio Gonçalves Sueth [2]

Resumo

Bens, produtos, serviços, direitos e garantias têm chegado às sociedades hodiernas em uma velocidade impressionante, com isto é elevado número de conflitos decorrente destas relações comerciais e, devido à conscientização dos envolvidos, busca-se ampliar as formas de resolução, como sucedâneo da efetivação da democracia participativa. Diante deste cenário, a promoção de políticas públicas voltadas a fomentar a cultura do diálogo em oposição à secular cultura de sentença é uma opção a ser avaliada. A pesquisa analisa, sob o ponto de vista da concretização do direito humano à garantia de acesso à justiça, o papel sociedades empresárias brasileiras na implementação de técnicas eficazes, a partir de sua estrutura organizacional, com a incorporação das ouvidorias com viés colaborativo no mecanismo de desenvolvimento local. Elaborada por metodologia qualitativa, adota marco teórico em Carneiro, Pinho e Fontainha e analisa os dados estatísticos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: princípio da colaboração das partes; cultura do diálogo; função social da empresa; *ombudsman*.

Abstract

Protected legal interests, products, services, rights and guarantees have reached modern societies at an impressive speed, with this is a high number of conflicts arising from

[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. Membro do Colégio de Professores da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Associada da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito. Associada do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. E-mail: lucianemara@uol.com.br; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/7142619530244859.

[2] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Oficial e Registrado no Cartório do 2º Ofício de Itaituba/PA. E-mail: marciosueth@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/1380393092118952

these commercial relations and, due to the awareness of those involved, seeks to broaden the forms of resolution, as a substitute for the effectiveness of participatory democracy. Given this scenario, the promotion of public policies aimed at fostering the culture of dialogue as opposed to the secular culture of sentencing is an option to be evaluated. The research analyzes, from the point of view of the realization of the human right to guarantee access to justice, the role of Brazilian business enterprises in the implementation of effective techniques, based on their organizational structure, with the incorporation of ombudsmen with collaborative bias in the mechanism of development. Elaborated by a qualitative methodology, it adopts a theoretical framework in Carneiro, Pinho and Fontainha and analyzes the statistical data of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro.

Keywords: principle of collaboration of the parties; culture of dialogue; social function of the company; *ombudsman*.

INTRODUÇÃO

Tomando como ponto de observação o fenômeno da globalização, verificou-se que não só ocorreu o estreitamento das fronteiras entre países, como também sucedeu o impulso nas relações comerciais pactuadas entre Estados, sociedades empresárias e indivíduos e, como consequência desta aceleração, não só nas relações presenciais, como também no meio virtual, a circulação de serviços e mercadorias tornou-se mais volumosa. Num outro ponto, com a demanda por prazos menores, aspectos como qualidade, produção e logística foram mitigados em virtude da velocidade exigida, dando início a reclamações, defeitos, vícios que são motivadores para demandas judiciárias em face de a impossibilidade de reequilíbrio de tais relações consumidores-fornecedores.

Nesse sentido, a violação de regras contratuais e consumeristas frustra a liberdade do indivíduo em não ter um direito alijado e não haver o restabelecimento da paz social. É necessário considerar que uma sociedade, gozando do pleno exercício das prerrogativas do Estado Democrático de Direito, pauta a condução dos conflitos de forma equilibrada, reproduzindo o princípio da igualdade como meio de preservação da confiabilidade não só no Estado, mas também de conferir instrumentos capazes de manter o equilíbrio entre partes desiguais e que exige uma resposta adequada. Para que as desigualdades acima descritas não fiquem apenas no campo teórico, há instrumentos capazes de conferir a igualdade formal, em especial, no campo judiciário, através de métodos de solução de conflitos, não deixando apenas a cargo do Estado a realização da Justiça. Este prognóstico é deduzido a partir da

passagem da sociedade do meio de produção artesanal para o ambiente fabril, onde tempo e espaço também são urgências dos demais núcleos da sociedade.

Considerando que os textos normativos se ocupam do restabelecimento dos conflitos sociais para promoção da paz social, como meio do Estado assegurar garantias que guarneçam os indivíduos, a sociedade, a cidadania a todas as classes sociais, atingindo assim o bem estar da coletividade, o que se almeja é uma proposta onde indivíduos que não sejam iguais alcancem tal bem estar, como condição de subjetividade do homem para a felicidade. O mercado, ao fazer a oferta de bens, produtos e serviços, transmite a este homem que o seu bem estar será realizado com a sua aquisição e, por esta relação jurídica, o homem será feliz. O Direito não se ocupa apenas da fixação de regras para o controle social, mas também oferece um manancial de métodos para que a sociedade não se veja ultrapassa por estes conceitos de modernidade no cenário descrito.

Um ponto que não será abordado é o alcance da intervenção estatal nas relações de direito privado, até pelo fato de que a fórmula aqui utilizada é de que quanto maior o gasto estatal com resolução de conflitos maior será a disponibilização de recursos tributários para a satisfação dos direitos violados na relação privada. É cabível indicar que o sistema legislativo brasileiro já se ocupou em regulamentar a participação das partes envolvidas para cooperar para o resultado do conflito. Isto é dito a partir da noção de atuação participativa dos indivíduos e das sociedades empresárias que, conjuntamente, devem alcançar o mais adequado meio para solucionar a controvérsia de interesses. Atribuir a obrigação apenas ao ponto mais fraco da relação indica que o almejado é fomentar as desigualdades e não parametrizá-las, já que o desforço conjunto também inclui adequar o campo judiciário para a absorção de um numero cada vez maior de ações; no lado contrário, pensar que a solução pode da mesma forma ser oriunda da estruturação no âmbito administrativo das sociedades empresárias brasileiras.

A importância é que o desempenho dos meios eficazes para a resolução de conflitos pelo agente social sugere a possibilidade da redução do volume de demandas distribuídas, como também migra para outros entes do poder estatal a tarefa de observação dos meios de produção, a exemplo das agências regulamentadoras que desempenham marginalmente suas atividades em terras brasileiras. É plausível aplicar a proposta de estudo, como complemento à disposição do artigo 334, caput, do Código de Processo Civil brasileiro, bem como a prelação dos Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação, submetendo o conflito no âmbito administrativo das sociedades empresárias busca por conferir maior celeridade, uma vez que a função do ombusdman é ser o ouvidor, mas que pode ser inserido num mecanismo

de agir participativo na tomada de decisões com viés de fomentar a transparência administrativa amplamente difundida pelos fundamentos da ética corporativa.

O trabalho adota a metodologia qualitativa, por revisão bibliográfica em Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Fernando de castro Fontainha, como também a analise dos dados estatísticos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, contendo os trinta maiores litigantes no âmbito dos juizados especiais cíveis para identificar, numa primeira observação, o volume de demandas dirigidas aos prestadores de serviços e concessionárias e, num segundo ponto, o comprometimento da máquina judiciária que poderia ser desafogado pela adoção de políticas públicas por tais sociedades empresárias.

2. A PROTEÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESARIA BRASILEIRA PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A RESPONSABILIDADE ÉTICA NAS TOMADAS DE DECISÕES

Se por um lado está cristalina a importância das sociedades empresárias, no campo constitucional da ordem econômica brasileira, a participação integralizada entre Estado e sociedade está destinada a manter a colaboração entre os atores sociais envolvidos no processo de desenvolvimento social. A pesquisa, ao avaliar as possibilidades de as sociedades empresárias promoverem no seu núcleo interno meios para diminuir os conflitos existentes entre seus parceiros e seus colaboradores, vem considerar que se trata de uma questão de justiça, como fundamento da sociedade, não somente como uma virtude (RABENSHORST, 2006, p. 493). Tais valores são premissas que deverão ser incorporadas como elemento das relações sociais, uma vez que fica evidente o exercício e o gozo da liberdade do homem, tanto num parâmetro macro, como também naquilo que diz respeito à liberdade do homem de pactuar, de escolher e de decidir. Isto será preponderante quando o indivíduo estiver, em vias de fazer um pacto de natureza civil ou consumerista, durante o processo de escolha pela empresa que virá a servi-lo, se a mesma tem uma atuação ética e é comprometida com o processo de participação colaborativa, incluindo a doação de métodos de solução de conflitos decorrentes dos pactos assumidos.

Inserindo um recorte multidisciplinar, é possível analisar o fato social, desde as estruturas mais simples até as mais complexas (CASTRO, 2014, p 25), não se pode exigir do ente estatal uma resposta para todo e qualquer conflito, mas também não se isentará a sociedade empresária dos resultados que alterem o seu equilíbrio funcional (DWORKIN, 2007, p. 156). O encargo recai na deficiência de estrutura logística do campo judiciário,

espelha também na imagem da empresa e o custo elevado para o individuo na espera do resultado da demanda. Neste ponto, as considerações de Bastos (2012) sobre a hipótese indicam a necessidade de estabelecer um meio termo entre a contínua dinâmica dos fatos sociais e a sistemática harmônica das normas, para atender a crescente velocidade dos conflitos sociais que são apresentados para solução e não encontram a devida prestação. Desse modo, mesmo que o Direito não possua resposta para a resolução de todos os conflitos, pela pro atividade dos agentes sociais poderá suprimir a atuação estatal.

Voltando à observação do texto constitucional brasileiro, se por uma via não é apenas um somatório de normas postas em vigência ao dispor do Estado, (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 89) não se deve negar sua face regulamentadora das necessidades decorrentes ds práticas modernas e globalizadas. Isto se deve ao fato de que os direitos fundamentais nela contidos carecem de urgência no tocante a sua ponderação numa aparente colisão de interesses. A capacidade do texto constitucional transita pela distribuição de igualdade entre relações evidentemente desiguais, este amparo não é uma benesse aos grupos vulneráveis, mas sim um meio de compensar as desigualdades criadas pelo mercado. Se por uma via a Constituição confere às sociedades empresárias a liberdade para o exercício de suas atividades, não há no texto autorização para que, em nome desta liberdade a sociedade empresária viole os parâmetros da justiça social. Pelo contrário, na redação do artigo 170, o legislador constituinte brasileiro inseriu cláusulas limítrofes, como a proteção aos direitos do consumidor, face à sua evidente fragilidade do ponto de vista da detenção dos meios produtivos e tecnológicos da empresa.

Se a proteção constitucional confere liberdade de exercício das atividades empresárias, também a do indivíduo para ter a escolha de contratar e, nesta ótica, qualquer prática adotada pela empresa no sentido de retirar o livre arbítrio, pode ser entendida como perda da dignidade, em face da privação da capacidade de contratar, com a leitura de transgressão a um direito humano (BRAGATO, 2006, p. 471). De igual proporção a pessoa jurídica se enquadra na hipótese de ser sujeito de proteção da sua liberdade de escolha na forma adequada de gestão empresarial, todavia, diante das exigências formuladas pelos meios de comunicação, estratégias de propaganda e marketing e métodos para comercialização, é plausível avaliar que a Constituição equilibra as liberdades dos indivíduos e das sociedades empresárias, com a finalidade de atingir uma convivência pacífica entre consumidores e empresários, intervindo o Estado quando em cheque o desenvolvimento social.

Neste ponto específico, ao considerar que as empresas não mais buscam apenas a qualidade na sua linha de produção, destina sua atenção a imagem que ela possui no mercado,

visto que o objetivo não é só mais comprar e vender, a sociedade empresária tem a necessidade de combinar os resultados oriundos das linhas de produção em massa com a voracidade com que a procura pelo mercado absorve esta oferta. No entanto, deve também estabelecer o compromisso de atuação ética, uma vez que o Estado Democrático de direito realiza seus fundamentos através de processos de participação democrática. No campo do acesso à justiça, é corolário de uma prestação jurisdicional justa, àquela onde os partícipes estejam preparados culturalmente para contribuírem para este resultado. Fernando de castro Fontainha (2009) respalda que é inerente à acessibilidade, na reparação da lesão ao direito dos indivíduos obtendo recursos geográficos, culturais e estruturais, como meio de simplificar a igualdade na obtenção desta aquisição.

Quando uma corporação está envolvida em um fenômeno de judicialização em massa, a sua credibilidade pode ser alvo de tensões, assim, ao considerar a adoção por parte das empresas de uma política pública voltada a reduzir o volume de demandas que são anualmente despejadas nos acervo judiciários não é uma mera tese acadêmica é um agir voltado ao reconhecimento da sua imagem perante seus parceiros corporativos e também de assegurar o direito humano ao acesso à justiça. Nas palavras de Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (2000) deve ser o alcance a prestação jurisdicional acessível, operacional, útil e proporcional, com o intuito de minimizar os impactos decorrentes de uma falha operacional e que não afete a funcionalidade do campo judiciário. A entidade, que age de forma a não evitar esta condição, constrói uma imagem negativa e gera um custo financeiro desnecessário, já que o consumidor almeja uma solução qualitativa. É evidente que não se está a tratar de uma solução final e única para os problemas de sobrecarga do Poder Judiciário (Pinho, 2005, pp. 13). O debate que faz é a empresa, comprometida com a solução dos conflitos de forma dialogada por vias administrativas, está agindo de modo a respaldar o direito humano de acesso a uma decisão justa? Num primeiro momento, se há o compromisso de atuação transparente e fomenta o exercício de participação democrática, está habilitada a reconstrução dos alicerces dialogais. Assumindo este modo de atuação, o ente coopera para a restauração de direitos violados e colabora para a formação de uma sociedade mais cidadã.

O próximo item se ocupa da construção de um modelo institucional voltado a implantar a cultura do diálogo como uma política pública de preservação de direitos humanos.

3. O RASCUNHO INSTITUCIONAL DA CULTURA DO DIÁLOGO COMO POLÍTICA PÚBLICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Como construir uma gestão empresarial com meios a implantar uma política pública na organização com o objetivo de resolver os conflitos oriundos de suas relações comerciais, sem passar pelas portas do Poder Judiciário? Esta pergunta motiva a parte deste trabalho, especificamente, se pautada na efetividade que tais práticas posam desempenhar para a fluidez das atividades da empresa Parta melhor compreender estas propostas, do ponto de vista empresarial, é necessário avaliar a sua onerosidade. De certo, cabe ainda ponderar a formação acadêmica para a habilitação de administradores e líderes quanto a técnicas de negociação, diálogo e solução de conflitos. Refletindo ainda sobre o papel das habilidades acadêmicas, passa ao largo desta posição, aquelas lideranças formadas sob o signo da conflituosidade, uma vez que o amadurecimento do pape social da empresa na sociedade é uma construção, no Brasil, feita apenas neste século.

Não obstante o posicionamento acima exposto, o legislador brasileiro percebeu a carência de instrumentos para a efetivação da democracia participativa, em especial com o advento da Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, como também pela Lei Federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, concretizando a política pública de pacificação de controvérsias, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 125, almejando que haja a diminuição do desgaste para a solução de demandas judiciais. O recorte feito é para esclarecer o motivo justificante da preocupação em obter no núcleo organizacional das empresas um profissional que tenha como capacitação para sanar as conflituosidades que, hipoteticamente, iriam ter como paradeiro o Poder Judiciário e o motivo de se atribuir a função do *ombudsman*.

No que diz respeito à possibilidade de obter soluções para os conflitos sociais sem atravessar o campo judiciário, não é forçoso afirmar que a ausência da capacidade dialogal empurra para a demanda judicial um considerável número de litígios e que, por muitas vezes, são pertinentes a uma mesma empresa. Esta celeuma pode ser derivada, presumivelmente, de uma falha do meio de produção, que poderia ter sido solucionado por um consenso, a partir de um canal de diálogo, não apenas para fazer constar o cumprimento da regra que impõe a empresa ter um serviço de atendimento ao cliente, mas, que seja eficaz e concretize a sua essência. Deve se levar em conta que um expressivo número de demandas é originado por um singular fato ocorrido na produção ou prestação do serviço. Este fato é gerador de

ações judiciais que interferem no campo judiciário, influenciando em uma massificação de todas as ordens, como petições iniciais, contestações, audiências, decisões e julgamentos de massa, ou seja, manter a sociedade acorrentada à estrutura fabril sem que possa efetivamente se ocupar de situações fáticas que não competem aos indivíduos a sua acomodação, mas sim ao Poder Judiciário.

Desta forma, cabe observar que as sociedades empresárias não envolvidas num processo de resolução administrativa de conflitos também contribuem para o assoberbamento do volume de ações em tramitação no Poder Judiciário, o que indica não ser culpa exclusiva dos atores sociais. Importante ressaltar que o trabalho a ser desenvolvido pelo gestor, em sintonia com o que preceitua a função do *ombudsman*, estará vinculado à concretização de canal dialogal com o fim de preservar os relacionamentos com seus clientes e parceiros, proteger as relações jurídicas existentes, enfim, buscar a conservação da acomodação entre empresa e clientes. Por outro prisma, não é descabida a afirmação de que uma sociedade empresária que destina seus cuidados ao pacto laboral receberá a contrapartida de funcionários mais comprometidos com o desenvolvimento das suas funções. Mantendo, por este caminho, o preparo deste agente social deve ser implementado desde a sua formação profissional, até a atuação no mercado. Com referência as habilidades que serão desenvolvidas, o profissional deixará de adotar uma postura inerte nas audiências de conciliação e nas sessões de mediação e buscará o equilíbrio para o consenso, procurando solucionar a crise entre os envolvidos.

Uma teoria que poderá ser estudada é a assunção da função pelo profissional ouvidor, que poderá colaborar na implementação de sustentabilidade, ética, proteção as minorias, direitos humanos e novas tecnologias, em qualquer das ciências, enfim, em valores devem ser convergidos em condutas que levem a eficácia da cidadania. Esta conduta poderá ser aplicável, mesmo que se trate de uma sociedade empresária que tem como objetivo final a lucratividade, pois quanto menor o custo financeiro com processos judiciais, melhor para a saúde financeira da empresa. Contudo, é possível refletir a respeito da atuação do *ombudsman*, expressão de origem sueca, mas também presente na Inglaterra, França, Portugal e Espanha, é cunhada para a função de representante do povo. A função institucional de ouvidor ou provedor está em consonância com o papel social e, à guisa de exemplificação, no Estado de São Paulo esta função foi absorvida pelo Ministério Público, agindo como método de filtragem aos conflitos. Desta forma, o ouvidor poderá atuar com suas competências tanto na administração pública, quanto na privada e ainda no núcleo administrativo da organização, como também na representação perante o Poder Judiciário.

Neste sentido, pensar na adequação do *ombudsman*, como agente social que é contratado para ser ouvidor, deve profissionalmente habilitado na busca da solução das celeumas apontadas pelos colaboradores e pelos parceiros negociais, contribuindo na concepção da celeridade na resolução dos casos. É preciso desconstruir a crença de que um bom processo judicial é precedido de uma boa briga, não é saudável para a sociedade. Ao contrário, são processos judiciais excessivamente demorados que trazem para os problemas decorrentes de uma sociedade tão cheia de mazelas e doenças sociais, uma vez que a impede de decidir o que é melhor para si, transferindo este encargo ao Estado evidenciando uma necessidade paternalista de ter uma resposta pronta pelo outro, sem assumir a responsabilidade pelas suas escolhas.

É preciso atentar que, na sociedade moderna, há uma grande inserção de direitos novos, inerentes as dimensões de direitos conquistados pela intensificação de novas tecnologias, novos arranjamentos sociais, descobertas e inovações que afetam não só as sociedades empresárias, como também a comunidade de um aspecto generalizado. A preocupação concernente a defesa dos "direitos novos" que foi objeto de análise no Projeto de Florença (CAPPELLETI; GARTH, 2002, 132), pois, a despeito da inexistência de assegurar o acesso à justiça, que fosse realizado um modelo de defesa para órgãos com um meio mais informal. Esta proteção, por sua vez, iria trazer para aqueles que não têm o domínio da técnica, seja negocial, seja jurídica, seja sobre o produto, um atrativo para obter uma solução ao problema.

A importância desta análise, centrada na figura do *ombudsman* não é uma escolha aleatória, no que se refere à implementação da cultura do diálogo no âmbito da empresa. Com o fim de fomentar a mediação empresarial, os gestores devem concentrar suas experiências na solução de conflitos na seara interna, destinando a postura como operacional na colaboração para mediar, ouvir e estruturar no campo empresarial, está agindo como organismo da sociedade, uma vez que busca compor o conflito e não perpetuá-lo, de forma transparente. Esta escolha no planejamento estratégico de uma empresa – adoção d cultura do diálogo a ser desempenhada por agentes capazes de romper a barreira da falha de comunicação - molda os parâmetros de uma política pública que possa ser fomentada no seio das pessoas jurídicas de que num espaço democrático, o que indica respeito à cidadania e afeta positivamente no sentido de identificar o que a empresa quer para os seus clientes e que tipo de colaborador o empresário deve ser para que a pessoa jurídica possa ser vista como um bom fornecedor de produtos e serviços. Este é o ponto de intersecção com o Marketing e a ética.

Nessa esteira, o perfil do profissional poderá ser constituído a partir do que se assemelha a figura do ombudsman como gestor que busca a maior interação entre empresa e clientes – pessoa física ou jurídica. Repaginado de sua origem sueca, assume o papel social para administrar de fora para dentro, como meio de participação dos cidadãos, cuja atuação está destinada a agir de outro modo, pois o *ombudsman* é inserido no espaço de construção de uma identidade social para que haja uma ação pública, (MOI; FERREIRA; TEOTÔNIO, 2005), mas também agindo nos processos de resolução de conflitos sociais. Este experimento pode ser viável, a partir da compreensão de que todo agente social inserido no processo de solução de conflitos *business-person* ou *business-business*. É importante pontuar que não há um estudo sociológico realizado neste processo, não obstante a análise deduzida no sistema informal de arbitragem pelo Projeto de Florença, na cidade de Nova Iorque, onde os litigantes foram bem mais sucedidos do que na busca pelo Poder Judiciário (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Assim, pode considerar que o campo de atuação do *ombudsman* é amplo, com caráter preventivo e com um rol de atuação meramente exemplificativo (MANCUSO, 2004).

A atuação do *ombudsman* pode ser um referencial para que a empresa tenha um agente social habilitado na observação dos conflitos que devem ser acomodados. Para tanto, é necessário compreender o papel relevante que a sociologia assume na avaliação dos conflitos, ponto de que se ocupa a presente consideração. Aceitar, no âmbito da empresa, o estabelecimento da cultura do diálogo para a solução de conflitos não significa estar em oposição aos interesses da organização. Importa compreender que há uma variedade de hipótese onde, ponderar e atribuir um valor razoável a forma com a qual se conduz um organismo tão estruturado quanto uma empresa, reconhecer a atuação colaborativa está para além de cumprir uma determinação legal.É possível mensurar que a postura atitudinal adotada pelo *ombudsman* com a finalidade de reduzir os conflitos derivados de uma falha interna na linha de produção e escoamento de uma pessoa jurídica, não se pode responder com exatidão, se há mais acertos do que erros. Entretanto, a experiência pode ser observada a partir da leitura feita por Aurélio Wander Bastos (2001) na investigação dos conflitos sociais e a decisão que é originária deste choque de interesses pelos envolvidos que somente aceitam quando imposta.

Diante do que foi apresentado, cabe ponderar, em aspectos práticos, a necessidade do que se propõe na pesquisa A razão pela qual a adoção de medidas políticas, no cerne de uma organização, com o fim de compatibilizar conflitos por uma cultura dialogal, como método de solução dos conflitos decorrentes das relações comerciais, pode ser concentrada

e, por razões metodológicas, na análise dos dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A corte divulga anualmente a lista dos TOP 30 litigantes da unidade federativa, ali relacionadas a Light Serviços de Eletricidade S.A.; B.C.P. S.A.; Claro , ATL e Telecom; Oi Telefonia Fixa, Ampla Energia e Serviços S.A.; Banco Bradesco S.A.; Tim Celular S.A.; Banco Itau Unibanco Holding S.A.; Banco Santander Banespa S.A.; Sky Brasil Serviços Ltda.; Via Varejo S.A.; Banco do Brasil S.A.; Companhia Estadual de Água e Esgotos; Banco Itaucard S.A.; Banco BMG S.A; Lojas Americanas S.A.; TNL PCS S.A.;Unimed S.A.; Universidade Estacio de Sá; Oi Telefonia Celular; b2W Companhia Global do Varejo; Gol Transportes Aereos S.A.; Banco Bradesco Administradora de Cartões de Créditos; Vivo S.A.; Ricardo Eletro de Divinopolis LTda; Decolar.com Ltda; Amil Assistência Medica Internacional; Tam Linhas Aereas S.A.; Net Rio Ltda.; Mobilitá Comercio e Industria e Representações Ltda.; C&A Modas Ltda e União de Lojas Leader S.A.

Estas sociedades empresárias juntas tiveram nos últimos cinco anos 1.806.822 processos distribuídos nos Juizados Especiais Cíveis[3]. O acervo remanescente no ano de 2016 foi de 903.458, remanejados entre os 233 juizados existentes a um custo de R$ 1.774,04. O barema corresponde a 8,57% do acervo fluminense que é de 10.544.120 feitos, todavia em valores equivale a R$ 1,6 bilhões[4], representando quase a quarta parte do orçamento do mesmo tribunal. A reflexão que se alcança é que a adoção de tais políticas públicas será favorável as sociedades empresárias, mas também ao Estado, já que além de fomentar a democracia participativa, trata-se de uma forma de corte financeiro nas despesas orçamentárias. Não obstante as resoluções apresentadas, em consulta as páginas destas empresas na rede mundial de computadores, é possível constatar que elas já possuem a figura do ouvidor, porém não pode ser avaliado o enfoque para o qual a pesquisa formula a proposta.Assim, é seguro apontar que a estrutura funcional já está construída, bastando adequar para a acepção de que a solução dos conflitos é realizável no âmbito administrativo. É contraditório não reconhecer que o detentor dos meios de produção não são capacitados para resolver as controvérsias surgidas, preferindo dispor de custo financeiro com um elevado número de processos judiciais, arcando com o pagamento de custas judiciais e, não serem capacitados para colaborarem no processo de construção democrática.

[3] RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em http://ww.tjrj.jus.br. Acesso em 29 jul.2017.

[4] Anuário de Justiça. **Justiça é suporte do Rio contra crise.** Revista Consultor Jurídico. N. 14. janeiro 2018. Rio de Janeiro: Editora CONJUR. 2018. p. 16.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A admissão de um projeto de políticas públicas empresariais com o escopo de solucionar os conflitos advindos de seus relações comerciais pode, ter como finalidade uma organização equilibrada entre a atuação ética e o comprometimento com as imposições legais. Num recorte multidisciplinar, procurou se demonstrar quanto é cabal a preservação das relações sociais, uma vez que não se evidencia razoável perpetuar uma ação judicial promovida para o restabelecimento de um fato social em dissonância com a legislação. }Esta conduta não significa realizar justiça, mas sim promover o atraso no desenvolvimento social, considerando que o comportamento da empresa, muito embora tenha a garantia constitucional de suas atividades permeada pelo princípio da liberdade, não lhe confere a permissão de violar direitos humanos como o acesso a ordem jurídica justa. Entre o fato social e a sistemática harmônica das normas há uma necessária equalização de interesses, principalmente por traduzir na posição do Estado de não intervir nas relações privadas, apenas de manter a paz social e assegurar a igualdade entre os envolvidos quando desigual as condições.

A estrutura de um canal dialogal deve tomar como premissa a capacidade para a solução de conflitos ante a estrutura normativa existente no Brasil e que pode ser desenvolvida pelo *ombudsman* face ao perfil profissional que ele poderá realizar sem afetar os interesses da entidade. Um ponto que deve ser levado no debate está na melhoria da formação acadêmica, com vias a ampliar suas aptidões. Além disto, as empresas já têm o profissional no seu quadro de recursos humanos, como ocorre na administração pública, basta fazer a adequação funcional, nos moldes dos países da Península Ibérica.

Quanto à análise dos dados do Tribunal de Justiça fluminense, a utilização de tais elementos foi com o enfoque de diagnosticar a sua absorção e os reflexos no acervo existente, como será de grande valia atender aos interesses dos indivíduos, das empresas e do Estado. A proposta aponta para uma motivação específica quando se trata do Poder Judiciário: a redução de gastos. É financeiramente atrativa a proposição para os envolvidos, a cautela a ser firmada e no sentido de não se tornar uma forma de procrastinar maquiada de participação democrática.

REFERÊNCIAS:

Anuário de Justiça. **Justiça é suporte do Rio contra crise.** Revista Consultor Jurídico. N. 14. janeiro 2018. Rio de Janeiro: Editora CONJUR. 2018. p. 12-17.
BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário.** 2ª edição. Atualizada e revisada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.
BRAGATTO, Fernanda. Individualismo. *In* BARRETTO, Vicente de Paulo (Coordenação) **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/RJ:Renovar, 2006. p.468-471.
CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.
CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
CASTRO, Celso. **Textos básicos de sociologia.** 1a edição. Rio de Janeiro: Zahar. 2014.
DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
FREIRE JUNIOR, AMÉRICO Bede. **O controle judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
HABENHORST, Eduardo Ramalho. Justiça. BARRETTO, Vicente de Paulo (Coordenação) **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006. p. 493-495
MANCUSO. Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir.** 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.
MOI, Fernanda de Paula Ferreira. FERREIRA, Luiz Alexandre cruz. TEOTÔNIO, Paulo José Freire. Modalidades de participação cidadã no horizonte de formação do direito positivo. FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz et alli. **Hermenêutica, cidadania e direito.** Campinas/SP: Millenium Editora, 2005.
RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.** Disponível em http://ww.tjrj.jus.br. Acesso em 29 jul. 2017.
PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Mediação: A redescoberta de um velho aliando na solução de conflitos. *In* PRADO, Geraldo Luz Mascarenhas. **Acesso à Justiça & efetividade do processo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 105-124.

O Direito à desconexão e o Direito ao amor

Danielle Riegermann Ramos Damião[1]

Francisco Pedro Jucá[2]

1. Sumário: 1. Introdução. 2. A desconexão no ambiente laboral 3. Direito ao amor. 4. Danos moral, existencial e ao projeto de vida decorrentes da ausência do direito ao amor. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

2. Introdução

O labor com jornadas extenuantes ao longo da história da humanidade, sempre esteve presente e de igual forma, se transformou, seja na sua forma como nos seus objetivos.

Em pleno século XXI, a sociedade contemporânea convive e por vezes, parte dela se beneficia de um mundo globalizado, a partir, da degradação do trabalho e da própria vida de outras pessoas. O século XXI trouxe consigo o capitalismo globalizado que atrofiou o fundamento da valorização do trabalho nas relações empregatícias, aumentando a exploração do trabalho de maneira a violar o princípio da dignidade humana.

A Lei Maior, instituída regularmente como foi, em 1988, traduziu-se em uma norma de valores, pautada em hermenêutica principiológica. Constituída sob a égide do modelo capitalista, a Lei Maior pode caminhar com este. Busca-se um capitalismo social.

Não há mais como em dias de hoje, onde a tecnologia está presente na casa da maioria dos cidadãos, especialmente dispostas para os trabalhadores urbanos, que não haja uma desconexão com seu ambiente laboral de forma que seja ferida a existência do empregado como pessoa.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar que a ausência de pausas (concessão de intervalos e férias), apresenta consequências nefastas, especialmente em relação ao direito do trabalhador em amar e ser amado, o que ora se denominou "direito ao amor".

---

[1] Doutoranda em Direito pela FADISP (2015). Mestre em Direito pela UNIMAR (2012). Pós-graduada lato sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNESA (2003). Graduada em Direito pela UNESA (2002). Advogada e Professora de ensino superior. Autora de obras jurídicas. Email: danielle.riegermann@gmail.com

[2] Doutor em Direito do Estado pela USP (1998) e pela PUC-SP(1999). Livre Docência pela USP - Democracia e Finanças Públicas (2013). Pós-Doutor na Universidade de Salamanca (2008). Mestre em Direito pela UFPA (1990) Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FADISP. Juiz do Trabalho da 2ª Região – TRT-SP. Email: francisco.juca@trtsp.jus.br

Este artigo foi construído em itens que se complementam. Primeiro demonstrou-se o que é o direito à desconexão, passando-se para o direito ao amor para após demonstrar a garantia fundamental constitucional que possui o empregado em exigir indenização moral, existencial e ao projeto de vida decorrentes da ausência do direito ao amor, em razão do direito a desconexão não ser observado pelo empregador.

Optou-se pela estratégia de revisão bibliográfica com análise e críticas em razão do seu poder de análise e seu entorno de acordo com a sua extensão teórica na realidade empírica. As técnicas de pesquisa que sustentaram a metodologia forma orientadas pelos princípios dialéticos, em face da necessidade de confronto da realidade com a perspectiva teórica. Para tal, a metodologia da pesquisa foi realizada pelo método de abordagem indutivo-dedutivo, funcionalista dialético, adequados para a pesquisa da ciência jurídica.

3. A desconexão no ambiente laboral

A Lei Maior no Direito brasileiro é a Constituição Federal de 1988, sendo a mesma uma norma pautada em valores, com uma vasta carga principiológica positivada, onde valores foram elevados ao grau de normas. Houve uma preocupação do legislador constituinte em assegurar os direitos sociais e individuais, a dignidade da pessoa do homem, ratificar as liberdades, inclusive as de livre iniciativa, o bem-estar, a igualdade entre as regiões, erradicação da pobreza e da marginalização, e principalmente, admitiu o trabalho como essencial para a economia, pronunciando que o mesmo deve ser valorizado.

> 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:[..]
> II - a cidadania
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]
> (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Trazendo a dignidade da pessoa humana para uma integração interpretativa para o Direito do Trabalho, tem-se a valorização da dignidade a preocupação com o labor do empregado, onde o mesmo deve ter o seu labor digno, decente. Ou seja, está plenamente alinhavado com a teoria do trabalho decente, que é um dos temas de estudo da OIT

(Organização Internacional do Trabalho), inclusive possuindo uma Convenção neste sentido (Convenção 189).

O artigo 170 do texto constitucional expõe que todo o trabalho deve estar modulado pela valorização do trabalho humano e pelos ditames da livre iniciativa, indicando inclusive, que à todos deve-se garantir o pleno emprego.

> 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:
> [...]
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego; [...]
> (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

A todo tempo, em todo o texto, a Constituição tem a pessoa humana como núcleo representativo de direitos fundamentais, colocando a pessoa à frente dos anseios do capital, da propriedade privada e do patrimônio, como não poderia deixar de ser.

Todavia, ainda que haja uma estrutura sólida de direitos dos trabalhadores, constituída por um Poder Judiciário especializado, doutrinas específicas, leis próprias, disciplinas peculiares nas escolas que ensinam Direito, persistem as violações aos direitos trabalhistas. Ou seja, o "mundo do ser" é bem diferente do "mundo do dever ser".

Prossegue o pensamento de que o pagamento dos direitos trabalhistas é um custo demasiado, "desnecessário" em algumas situações e que os preços finais, podem ser diminuídos e mais competitivos ao mercado, se amainados. Porém, tal redução acaba por realizar a precarização da mão-de-obra.

Com a lesão aos direitos fundamentais dos trabalhadores, praticam-se jornadas excessivas de trabalho, não permissão de pausas, ou concessões parciais, e especialmente, não atribuição de férias!

Com isso, o trabalhador tem o máximo de produção, ignorando-se o seu estado físico e mental, desconhecendo suas relações pessoais e familiares, eis que não importam para o empregador-precarizador. É a linha de pensamento de Calvet, que em suas palavras:

> [...]se é certo que a robotização permite o aumento da produção com a redução do trabalho, também é fato que, em tese, o homem poderia trabalhar menos ou de forma menos extenuante para que fosse mantido o nível produtivo e, enfim, gozar de mais lazer[...].(CALVET, 2010, p.14)

Em todo trabalho há a necessidade de pausas. Sejam estas intrajornadas (dentro do horário do expediente), entrejornadas/interjornadas (entre um dia e outro) ou períodos de férias. Tais lapsos temporais são de suma importância para recuperação da saúde física e mental do trabalhador, além de permitirem que o empregado possa exercer a sua existência dignamente.

Os intervalos na jornada têm a natureza jurídica de direito para o empregado e de dever para o empregador (CASSAR, 2018) e como tal são observados como sendo períodos de suspensão ou interrupção do seu contrato de trabalho, dependendo do momento. Os intervalos concedidos, em regra geral, são suspensivos: os empregados não labutam, porém não recebem por este período. Já os interjornadas, algumas vezes são interruptivos pois nos casos nos repousos semanais, há remuneração prevista em lei (RSR).

No direito brasileiro, não pode haver a transação ou a renúncia de tal direito, eis que a concessão dos intervalos é obrigatória, pois ultrapassam "o direito escrito", meramente positivo. São normas fundamentais, de ordem pública, inerentes à vida humana, valorativas, advindas da medicina e segurança do trabalho, conforme dispõe o art. art. 71 da CLT e o art. 7º, XXII, da Constituição Federal)

> As razões para a limitação da duração do trabalho são de ordem biológica, social, econômica, religiosa e familiar. Devido à sua importância, a Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) dedicou um capítulo à duração do trabalho (arts. 57 a 75). As normas referentes à duração do trabalho humano têm por escopo principal proteger a integridade física e psíquica do trabalhador (ordem biológica), evitando-lhe a fadiga e possíveis problemas de saúde decorrentes do intenso esforço físico e/ou mental que o labor diário e o estresse possam originar.
>
> (LEITE, 2018, p. 474)

Inclusive, tal matéria é sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, onde o mesmo coloca como sendo inválida a cláusula do acordo ou de convenção coletiva de trabalho que suprima ou reduza o intervalo intrajornada (Súmula 437, II do TST), com a exceção para os motoristas profissionais e atividades afins, que pela Lei 13.103/15, passou a ter a permissão para a redução ou fracionamento do intervalo por norma coletiva.

> Súmula nº 437 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT [...]
>
> II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e

> segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

A pausa anual (férias) no contrato de trabalho, ainda que fracionadas conforme a novel regra da Reforma Trabalhista de 2017, tem sua finalidade própria: "[...] eliminar as toxinas originadas pela fadiga e que não foram liberadas com os repousos semanais e descansos entre e intrajornadas.[...]" (CASSAR, 2018, p. 743)

Além da finalidade, tem seis fundamentos:

1º. Fisiologia – descanso físico do corpo. O corpo humano é analisado como matéria, foca-se em qualidades químicas, como a liberação de toxinas;
2º. Econômico – este fundamento está ligado com a produtividade do obreiro. Com o corpo descansado, recuperado do stress do dia-a-dia, o empregado produz quantitativa e qualitativamente melhor. Obviamente, que o empregador também se beneficia com esta situação, pois os interesses de melhor e maior produção são possivelmente alcançados.
3º. Político – se coaduna na forma de balanceamento da relação patronal e empregado. As relações tornam-se mais estáveis.
4º. Cultural – Com o tempo dedicado para si e família, o empregado pode desfrutar o conhecimento de outras culturas. Conhecer lugares, pessoas, novas formas de vida.
5º. e 6º - Social e Psicológico – Com a pausa maior, o empregado pode descansar a mente, desfrutar do convívio de amigos e de sua família, trocar experiências, educar os filhos, exercer a sua existência e inclusive, amar e ser amado, se este for o seu desejo. As férias proporcionam ao empregado um "recarregamento de baterias", mas também tem a função de inserir o trabalhador no meio social, no convívio em sociedade, permitindo que o mesmo possa interagir com outros seres, conhecer pessoas, desfrutar das companhias que lhe agradam, ser feliz.

Além das pausas mencionadas acima, a duração de trabalho do empregado brasileiro também é regulada pela Lei Maior (art. 7 º, XIII), onde é estabelecido o limite diário de até oito horas e quarenta e quatro semanais, admitindo-se duas extraordinárias, além da possibilidade de compensação e de redução da jornada somente por negociação prévia.

Toda vez que o limite da jornada diária é ultrapassado, as horas são computadas como extras, o que traz ao empregador a obrigação de remunerá-las com o pagamento acrescido de 50% (cinquenta por cento), denominado adicional de hora extra. Este percentual estabelecido na Lei Maior e na CLT é o mínimo, podendo outras normas, inclusive os

acordos e as convenções coletivas estabelecerem percentuais maiores, como no caso dos advogados, que foi estabelecido o adicional mínimo em 100% (cem por cento).

Toda esta limitação tem o objetivo de dar o empregado a condição de desvinculação, desconexão com seu ambiente laboral, que possa ao sair do ambiente da empresa ao qual é ligado, esteja livre "para viver a sua vida" de pessoa física e não mais de preposto do seu empregador.

Ainda que pareça impossível nos dias de hoje a desconexão total, uma vez que os meios telemáticos ajudam, mas também "aprisionam" o empregado, fazendo que o mesma esteja conectado ao seu emprego 24 horas por dia, seja pelo email, redes sociais, celular, o TST editou a súmula 428, que indicou que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso. Sobreaviso seria apenas a permanência em regimes de plantão, onde o empregado utiliza o meio telemático para ser chamado e receber ordens a qualquer momento, durante o seu período de "descanso". Descanso que este não é, uma vez que o obreiro não pode distanciar-se do estabelecimento do empregador, passear/viajar com sua família, ouvir "som alto", saborear um vinho de uma safra exemplar... entre outras tantas limitações.

É certo que o trabalho deve fazer parte da rotina humana, eis que é através deste que a subsistência é auferida, porém, tudo com suas doses, com seus limites. O trabalho e o lazer devem estar presentes da vida humana. Em nada adianta a pessoa trabalhar, ter bons frutos financeiros de tal excesso e depois ver-se doente, depressivo, ausente de amor.

4. Direito ao amor

Amor. Do latim *amore*. Tão complexo e tão fácil. Tantas vezes eternizado nas letras de Vinícius de Moraes. Um sentimento? Um valor? São tantas as tentativas de conceituação e de entendimento. Não há um ser humano que não saiba o que é ou que não o tenha sentido. Seria o sentido da vida?

SONETO DE FIDELIDADE

De tudo, ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto
Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.

Quero vivê-lo em cada vão momento
E em louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento.

> E assim, quando mais tarde me procure
> Quem sabe a morte, angústia de quem vive
> Quem sabe a solidão, fim de quem ama
>
> Eu possa me dizer do amor (que tive):
> Que não seja imortal, posto que é chama
> Mas que seja infinito enquanto dure.
> (MORAES, 1939)

Vive-se para amar e ser amado. Inclusive para ter-se esta opção: em amar e de se deixar amar. Porém, o que não se pode, ou não deve conceber é a ideia de que o excesso de trabalho venha a interferir no direito ao amor.

Quando há o convívio familiar, o ser não vive em isolamento. Existe a troca de experiências. Esta troca é essencial para qualquer pessoa, posto que há o compartilhamento de informações e vivências, o que leva o crescimento e amadurecimento mútuos. As relações sociais são fortalecidas, os laços ratificados, o "porto seguro" estabelecido. Tem-se a foça ativa da vida, a razão da existência, o projeto de vida. Os pais levam para os filhos os valores e ensinamentos que receberam de seus pais e assim as gerações vão aprimorando o que os antepassados conheceram. É a perpetuação da espécie. Corroboram para tal, além da física da comunicação, o amor, o carinho, o respeito, as liberdades.

Ao mencionar a força ativa do amor, Fromm mencionou:

> [...] O amor é uma força ativa no homem; uma força que irrompe pelas paredes que separam o homem de seus semelhantes, que o une aos outros; o amor leva-o a superar o sentimento de isolamento e de separação, permitindo-lhe, porém, ser ele mesmo, reter sua integridade. No amor, ocorre o paradoxo de que dois seres sejam um e, contudo, permaneçam dois. [...]
> (FROMM, 1966)

Por vezes, os anseios do mundo capitalista podem vir a desintegrar o amor na sociedade, como ainda menciona Fromm (1966), fazendo com que o homem seja alienado de si mesmo, feito de e para o negócio, se tornando incapaz de prover e receber o amor. Para a ser um mero autônomo em busca do amor coletivo, muitas vezes encontrado apenas no que conhece por "espírito de equipe", onde sequer os problemas são resolvidos de forma consensual, com liberdades, mas sim convivendo com mágoas veladas, hierarquias expressas e tácitas, fofocas, intrigas, sendo necessário o uso de técnicas para "solucionar" ou minimizar os conflitos e consequências.

O bem-estar do empregado seja pelo meio ambiente laboral saudável e criativo traz ao empregador enormes vantagens. O empregado descansado, feliz, motivado, produz mais e melhor. É exatamente esse um dos argumentos em que demonstram que o amor tem toda interferência no estudo da ciência jurídica. Inclusive, em seu livro, o Ministro Fachin (1999), traz a citação de uma decisão no STJ (Superior Tribunal de Justiça), do então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, onde este citou uma passagem de Kelsen e Cossio:

> [...] Kelsen, reptado por Cossio, o criador da teoria egológica, perante a congregação da Universidade de Buenos Aires, a citar um exemplo de relação intersubjetiva que estivesse fora do âmbito do Direito, não demorou para responder: "*Oui, monsieur, l'amour*". E assim é, na verdade, pois o Direito não regula os sentimentos. Contudo, dispõe ele sobre os efeitos que a conduta determinada por esse afeto pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.[...] (FACHIN, 1999, p. 93)

Lógico. O Direito não possui uma disciplina para estudar o amor especificamente, mas cuida de contemplar a tutela jurídica para as suas consequências. Este é o objeto deste estudo. Demonstrar que o empregado que não tem o seu direito à desconexão com o seu ambiente laboral, não tem tempo de amar e sequer de ser amado!

Atualmente as Constituições federais não citam o amor de forma expressa, salvo a da Hungria (2012), que em seu preambulo declara "Nós sustentamos que a família e a nação constituem a base estrutural de nossa coexistência e que os valores fundamentais de coesão consistem na fidelidade, na fé e no amor." Porém, a Lei Maior brasileira o faz de forma tácita, mencionando valores.

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a

> seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
> (BRASIL, Constituição Federal, 1988)

O que seria a soma de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, liberdade [...], bem-estar, igualdade e justiça", senão valores que proporcionam amor? Impossível viver o amor sem liberdade, sem justiça e sem bem-estar! O jurista Warat (1995) já vai além: entende o direito como sendo a verdadeira expressão do amor.

O amor que ora se menciona é o que se persegue desejo puramente vindo de Eros (MAY, 1978), posto que através desta postura positiva, o homem tem o impulsionamento em agir para viver, o faz pulsar. Traz alegria e prazer. May (1978) indica que o "ser pensante" seria melhor classificado como um "ser desejante", eis que este desejo que o mobiliza e que se soma à razão, de forma a complementá-la.

De que graça teria a vida do ser humano em viver apenas para os negócios? A vinculação apenas para o "seu" trabalho é algo voltado apenas para o seu centro de importância. O amor é mais que isso. Requer compartilhamento. Deve ser retribuído, ou pelo menos que seja tentada esta contrapartida. Trata-se do respeito da coexistência em viver na sociedade, conforme menciona Hegel (2000): "[...] Amar é estender o seu corpo em direção a um outro corpo; mas é também, mais fundamentalmente, exigir que esse corpo, que ele deseja, também se estenda; é desejar o desejo do outro"[...].

O lazer é direito fundamental do obreiro e ausência de descanso pela não concessão de pausas nas jornadas, de férias, vem impedindo a vida digna do ser humano. Há a privação do convívio familiar, social, de realização de atividades de aprimoramento pessoal. Existe dano ao projeto de vida. E como tal, somam-se consequências negativas, bem como doenças físicas e psíquicas. (SILVA; WOLOWSKI, 2015)

Em casos de supressão de intervalos e não concessão de férias, nada mais justo que o trabalhador receba uma justa indenização, posto que a ausência do direito ao lazer por excesso de trabalho ou em decorrência de doenças ocupacionais advindas do labor, como a depressão, síndrome de burnout , trazem ausência e prejuízo ao projeto de vida do empregado e limitam o seu direito de amar e de ser amado.

4. Danos moral, existencial e ao projeto de vida decorrentes da ausência do direito ao amor

Amplamente já foi demonstrado que o Direito trabalhista é fundamental. Logo, este deve ser garantido a todos pelo Estado. Normas existem, aparato Judiciário especializado está constituído, porém as demandas permanecem. Trabalhadores continuam sem o direito ao lazer e a desconexão com o seu ambiente laboral nos períodos em que deveriam estar realizando o social.

A questão é maior que a simples matemática que se faz em recontar as horas em cartões de ponto ou dias para a marcação das férias. Aliás, é bom que se lembre que ao postular na Justiça do Trabalho, ao empregado não lhe é assegurada nenhuma estabilidade, podendo o mesmo ser dispensado sem justa causa imediatamente. No máximo, receberá uma indenização modesta se comprovar a dispensa discriminatória. Logo, não há direito do trabalho e sim "direito dos sem trabalho", pois a prática tem demonstrado que o empregado só procura a tutela do Poder Judiciário após ter sua rescisão do contrato de trabalho, seja porque foi dispensado, pediu demissão ou quando é afastado por algum benefício previdenciário (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez), por exemplo.

Sendo desta forma, caberá ao empregado que lesionado por ausência ao seu direito ao lazer, e como consequência da não concessão das pausas (intervalos e férias), a burla do seu direito de amar e ser amado (direito ao amor), uma justa indenização por: dano moral, existencial e ao projeto de vida.

A proteção aos danos experimentados pelos obreiros decorre da Lei Maior, posto que o art. 5º, incisos V e X, garantem a justa reparação do dano moral e material no caso de violação ou de ameaça:

> 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: [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem; [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a **indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;**
> (BRASIL, Constituição Federal, 1988) (grifo nosso)

Trata-se, portanto de garantia constitucional!

Com a Reforma Trabalhista de 2017, houve a inserção de artigos na CLT, especificamente para tratar do dano moral (Título II-A).

> **Art. 223-B.** Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a **esfera moral ou existencial** da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.
> **Art. 223-C.** A honra, a imagem, **a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima**, a sexualidade, a saúde, **o lazer** e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.
> **Art. 223-E.** São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.
> (BRASIL, CLT, 1943)
> (grifo nosso)

Observe-se que em face dos artigos colacionados acima, especialmente o 223-C, a privação do direito ao lazer, a violação da liberdade de ação (amar e ser amado – por exemplo), a intimidade, geram danos morais, também denominados extrapatrimoniais. São sujeitos passivos destes danos, os empregados e os empregadores, ativos.

Utilizando-se apenas o conceito de dano moral do direito comum, tem-se que comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia provocar dano a outrem, ou realize ato em abuso de direito:

> **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> (Código Civil, Brasil, 2002)

Tal qual a sistemática do Código Civil Pátrio, a CLT aduz que aquele que causar o dano tem a obrigação de indenizar. E é desta forma que o TST vem pautando seus julgados acerca do tema da ausência ao direito ao lazer:

> I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13. 015/2014 - PROVIMENTO. DANO MORAL. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO SOCIAL AO LAZER. Diante de potencial violação do art. 186 do CC, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. 1. **DANO MORAL**. JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. **RESTRIÇÃO AO**

> **DIREITO SOCIAL AO LAZER**. As regras de limitação da jornada e duração semanal do trabalho têm importância fundamental na manutenção do conteúdo moral e dignificante da relação laboral, preservando o direito ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). É fácil perceber que o empresário que decide descumprir as normas de limitação temporal do trabalho não prejudica apenas os seus empregados, mas tensiona para pior as condições de vida de todos os trabalhadores que atuam naquele ramo da economia. Diante desse quadro, tem-se que a deliberada e reiterada desobediência do empregador às normas de limitação temporal do trabalho ofende toda a população, que tem por objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF). Tratando-se de lesão que viola bem jurídico indiscutivelmente caro a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral. Frise-se que, na linha da teoria do *danum in re ipsa*, não se exige que o dano moral seja demonstrado. Ele decorre, inexoravelmente, da gravidade do fato ofensivo que, no caso, restou materializado pela exigência de prática de jornada exaustiva e consequente descumprimento de norma que visa à mantença da saúde física e mental dos trabalhadores no Brasil. Recurso de revista conhecido e provido. [...]. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - ARR: 5318720155080107, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/11/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2016) (grifo nosso)

O dano existencial, cuja inspiração é no direito italiano, é mais objetivo que o moral, eis que aquele decorre no impedimento do obreiro em realizar suas atividades pessoais que trariam realização ao mesmo, à sua autoafirmação como ser humano no mundo social, como parte integrante de uma enorme sociedade. A violação ao direito à sua existência traz lesão ao projeto de vida (FROTA; BIÃO, 2010).

No direito brasileiro, o dano existencial vem ganhando espaço, já sendo a jurisprudência recorrente na sua aplicação:

> RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). DANO "IN RE IPSA". 1. No caso, o Tribunal Regional esclareceu que a jornada do autor era de 12 horas diárias, em dias seguidos. 2. Conforme jurisprudência desta Corte, a submissão à jornada excessiva ocasiona **dano existencial**, em que a conduta da empresa limita a vida pessoal do empregado, inibindo-o do convívio social e familiar, além de impedir o investimento de seu tempo em reciclagem profissional e estudos. 3. Assim, uma vez

> vislumbrada a jornada exaustiva, como no caso destes autos, a reparação do dano não depende de comprovação dos transtornos sofridos pela parte, pois trata-se de dano "in re ipsa", ou seja, deriva da própria natureza do fato gravoso. 4. Indenização fixada no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), na esteira das decisões proferidas por esta Turma em casos semelhantes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 15609420145090006, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 03/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017) (grifo nosso)

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. **DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS.** DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. Rejeitam-se embargos de declaração, ausentes as hipóteses previstas nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC. Embargos de declaração rejeitados.
> (TST - ED-RR: 7277620115240002 727-76.2011.5.24.0002, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 28/08/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013) (grifo nosso)

O dano existencial não se confunde com o dano moral, eis que seu estudo decorre de um aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, sendo mais uma garantia de proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores, que transcende os limites clássicos para a noção do dano moral.

Para o dano existencial a lesão é ao projeto de vida, conforme jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tal projeto seria a "vida de relações", ou seja, o seu convívio familiar, social e com outras culturas, além do seu direito de estar só, por pura opção. É o que preceitua Frota:

> [...]diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades [...](FROTA, 2011, p. 252)

O que jamais se deve admitir é que o empregado seja fruto do seu trabalho e que viva "apenas para este". O obreiro deve ter a garantia em poder desfrutar do que almejou com o emprego da sua força de trabalho. Esta sim é a real contrapartida do labor, posto que voltar a situação *a quo* da relação mão de obra desprendida é impossível. Não há como devolver ao trabalhador o esforço físico empregado por este. Logo, faz-se a compensação pagando-lhe sua justa remuneração.

> INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despicienda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido.
> (TST - RR: 10347420145150002, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015)

O projeto de vida abrange a dimensão existencial do empregado. É elaborado pela pessoa através de suas pessoais convicções, o que a faz ser única no universo. O projeto é individual e contempla aspectos religiosos, de constituição familiar (desejo de unir-se a alguém e procriar, por exemplo), educacionais, políticos, sociais, econômicos, o que faz do ser humano, como denominaram Frota e Bião (2010), como razão existencial.

Trazendo o foco para o direito ao amor, como o empregado vai envolver-se e enamorar-se com o próximo se não há tempo para tal? E se há tempo, ainda que pouco, está demasiadamente exausto pela sobrecarga de trabalho físico ou mental? Impossível. Logo, o empregado não tem amor.

E sem amor, se vive? O bem maior do ser humano é a vida. Se Fromm (2010) associou o amor à vida, dizendo que aquele impulsiona esta, não resta a menor dúvida em afirmar que privar o empregado ao amor é privá-lo de viver a sua vida!

5. Conclusão

O direito do empregado em ter pausas e férias é constitucional, irrenunciável e fundamental. Por tratar-se de preceito fundamental, incluindo matéria de ordem pública, eis que também trata de medicina do trabalho, tem aplicabilidade imediata e como tal não pode ser privado ao obreiro.

O direito brasileiro regulou os intervalos intra e interjornadas bem como as férias de todos os empregados, mas não houve a solução definitiva para extirpar os anseios do capital em explorar a mão-de-obra além dos limites da razoabilidade. Dar ao empregado o adicional de horas extras ou concordar com disposição de 1/3 de férias, não dá ao empregado benefícios para a sua vivência.

Jornadas extenuantes, não concessão de férias, ausência de desconexão ao emprego em decorrência do uso de equipamentos telemáticos, podem ter consequências nefastas na vida do trabalhador, posto que a sua existência fica prejudicada.

É nesta essência que o mesmo tem a opção de exercer o direito de amar e de ser amado. Todo ser humano necessita do amor para viver, inclusive para poder relacionar-se, procriar e perpetuar a espécie.

O bem maior do ser humano é a vida. E esta não é indenizada.

Porquanto, ao empregado que tem seu direito existencial privado ou limitado é possível a indenização por dano moral e existencial, eis que afetam a moral, honra, bem-estar, liberdades e especialmente o plano de vida do obreiro.

Apenas quando ocorrer a plena efetivação do direito à desconexão é que o direito ao amor para o empregado será plenamente contemplado. Por hora, temos que nos contentar com as indenizações!

6. Bibliografia

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.
BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.
CALVET, Otavio. **Direito ao Lazer.** Rio de Janeiro: Labor, 2010.
CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
Erich Fromm; Milton Amado (tradução). **A Arte de Amar**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1966
FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família:** curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
FROTA, Hidemberg Alves da. BIÃO, Fernanda Leite. **A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial, e o dano ao projeto de vida:** reflexões à luz do direito comparado. Artigo Científico recebido em 21 de junho de 2010 e aceito em 1º de agosto de 2010. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 129-163 vol.1. Unibrasil, Curitiba, 2010.
FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Artigo científico. **Revista Latinoamericana de Derechos Humanos.** Vol. 22 (2): 245, julio-diciembre, 2011.
HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
MAY, Rollo. **Eros e a repressão**: amor e vontade. *2ª edição.* Petrópolis: Vozes, 1978.
MORAES, Vinícius. **Soneto da Fidelidade**. Disponível em: http://www.viniciusdemoraes.com.br/pt-br/poesia/poesias-avulsas/soneto-de-fidelidade.Acesso em 04 nov 2018
SILVA, Leda Maria Messias da. WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. **O assédio moral por excesso de trabalho e suas consequências.** Artigo científico apresentado ao Grupo do Trabalho intitulado Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte. Belo Horizonte, 2015.
WARAT, Luís Alberto. **Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Safe, 1995.

Comunicação de Esquemas de Planeamento Fiscal Agressivo. Que Futuro?

José de Campos Amorim*

Sumário:

Introdução
1 – Lei do planeamento fiscal abusivo
2 – Revisão da literatura

3 – Medidas adotadas

4 - Proposta de Diretiva do Conselho

Considerações finais

Introdução

O Parlamento Europeu aprovou no passado dia 1 de março de 2018 a Proposta de Diretiva do Conselho que estabelece novas regras em matéria de planeamento fiscal na União Europeia[1].

Esta Proposta faz parte das iniciativas da União Europeia ao nível da luta contra a elisão e a evasão fiscais e visa dissuadir os intermediários (como advogados, consultores fiscais, contabilistas e bancos) de conceber e comercializar mecanismos e esquemas de planeamento fiscal abusivo, através da imposição de uma obrigação de comunicação desses esquemas (designadamente, de mecanismos complexos que permitem dissimular dinheiro em territórios *off-shore*) às autoridades tributárias de cada país.

Certos Estados-Membros da União Europeia – como Portugal, Irlanda e Reino Unido – já dispõem de regimes nacionais de comunicação obrigatória de esquemas de planeamento fiscal para os respetivos intermediários. No caso português, esta obrigação foi imposta pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, que estabeleceu deveres de

* Professor Coordenador do ISCAP.

[1] Resolução legislativa do Parlamento Europeu, de 1 de março de 2018, sobre a proposta de diretiva do Conselho que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade em relação aos mecanismos transfronteiras a comunicar (COM(2017)0335 – C8-0195/2017 – 2017/0138(CNS)), disponível em http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-20180050+0+DOC+XML+V0//PT.

comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária para prevenir e combater o planeamento fiscal abusivo. Porém, este diploma legal "caiu no esquecimento", sendo poucos os esquemas comunicados pelos intermediários e, consequentemente, poucos os esquemas divulgados pela Autoridade Tributária e Aduaneira neste contexto.

Como tal, a aprovação definitiva da Diretiva do Conselho Europeu acima referida teria um impacto muito significativo entre nós – designadamente, tornaria efetivo o regime legal que, embora instituído há mais de 10 anos pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, se tem revelado pouco aplicado.

Na comunicação social têm sido divulgadas diversas vozes (por exemplo, da União Internacional de Advogados) que se posicionam contra a aprovação da Diretiva em análise, designadamente pelo facto de a Diretiva conduzir, no seu entendimento, à violação do segredo profissional que reveste as relações entre o cliente e o intermediário.

Mas serão estas vozes capazes de travar a aprovação da Diretiva? Não o sendo, quais os impactos decorrentes da aprovação da Diretiva em território português já no próximo ano? Terá a Autoridade Tributária e Aduaneira a capacidade de supervisionar a aplicação prática da Diretiva?

1 – Lei do planeamento fiscal abusivo

Os Estados têm permitido, ao longo dos anos, a concorrência fiscal internacional, desde que "as atuações sejam lícitas, legítimas e ocorram dentro de determinados limites"[2] (Sousa, 2012). Face ao desenvolvimento de situações de evasão e fraude fiscais, os Estados têm tentado congregar os esforços no sentido de combater as atuações ilícitas, ilegítimas e abusivas.

Portugal tem recorrido à medida de obrigação de divulgação de esquemas, através do Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro, também designado pela doutrina por "lei do planeamento fiscal abusivo", fortemente inspirado nas medidas implementadas nos países anglo-saxónicos como os Estados Unidos da América, o Reino Unido e o Canadá. O seu objetivo é conhecer os esquemas realizados por contribuintes que tenham como finalidade, exclusiva ou predominante, a obtenção de vantagens fiscais, para, posteriormente, implementar medidas de combate.

[2] Sousa, C. C. (2012). *O planeamento fiscal abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo.* Universidade do Minho.

Com a exemplificação de alguns esquemas de planeamento fiscal abusivo, pretende-se perceber melhor os casos reais que têm ocorridos com empresas portuguesas, com uma análise mais concreta dos resultados da implementação do Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro.

O contribuinte tenta diminuir a sua carga fiscal agindo *intra legem* (planeamento fiscal legítimo), *extra legem* (planeamento fiscal abusivo ou elisivo) e *contra legem* (planeamento fiscal ilícito ou fraude*)*. Para fazer face a estas situações, foram adotadas em Portugal um conjunto de normas antiabuso em vários domínios de atividades.

A questão que se coloca é de saber se, mesmo assim, os Estados estão em condições de poder fazer face aos movimentos crescentes e descontrolados de capitais, à utilização abusiva de contas *offshore,* ao aumento da movimentação de ativos entre empresas do mesmo grupo e o aproveitamento abusivo pelos contribuintes das fiscalidades mais vantajosas existentes noutros países.

2 – Revisão da literatura

Esta temática tem sido objeto de vários estudos e análises. Existem, de facto, diferentes trabalhos que abordam esta temática. Gruper e Mutti (1991) falam de uma relação empírica entre a rentabilidade das empresas multinacionais com as filiais estrangeiras e as taxas de imposto em vigor nos países das filiais. Egger et. all. (2010) compara o pagamento de impostos de empresas estrangeiras com empresas nacionais à partir de dados de 33.577 empresas de 27 países da Europa, concluindo que as empresas estrangeiras têm uma poupança fiscal de 56% em relação às empresas nacionais.

Wilson (2007) verificou que as empresas que realizam operações com o exterior são aquelas que praticam o planeamento fiscal abusivo e que tendem, mais facilmente, a recorrer a paraísos fiscais para a prática destas operações. Nalguns casos, os lucros são transferidos dentro de própria empresa multinacional que explora o diferencial das taxas de imposto internacional, menosprezando a responsabilidade fiscal, e aproveitam as lacunas existentes nas regras fiscais existentes (Fuest et. all., 2013).

Frank et. all. (2009) relataram a existência de uma forte e positiva relação entre o sistema fiscal e a agressividade financeira das empresas. Balakrishnan et. all. (2012) concluiu que a falta de transparência nas demonstrações financeiras das empresas é um forte indício de planeamento fiscal abusivo. Desai et. all (2004) fornece evidências empíricas de que, por exemplo, as empresas multinacionais utilizam empréstimos intragrupo para reduzir o

pagamento de impostos das subsidiárias localizadas em países com taxas de imposto elevadas.

Uma grande parte da sociedade portuguesa tem a mesma opinião que John Maynard Keynes, "evitar os impostos é a única atividade que atualmente contém alguma recompensa" (Keyes J. citado por Clotilde Palma, 2013: 25).

Segundo Kirchler et all. (2003), os efeitos do planeamento fiscal abusivo e do planeamento fiscal ilícito são semelhantes na economia. As pessoas associam o primeiro à poupança fiscal, legal, moralmente correta e o segundo é visto como ilegal, imoral, fraudulenta e associado a processo criminal. De forma a corrigir certas ideias erradas e consolidar conhecimentos vão ser abordado estes vários conceitos.

3 – Medidas adotadas

Tem havido uma "dificuldade crescente em fazer cumprir as normas fiscais pelos sujeitos passivos devido à globalização, à liberalização dos mercados de capitais e às inovações tecnológicas" [3]. Todos concordam que é necessário identificar tendências e promover medidas contra os mecanismos de planeamento fiscal agressivo, as quais passam, nomeadamente, por analisar o papel dos intermediários fiscais em relação à promoção de planos de redução abusiva dos encargos fiscais, mas também por verificar a consultoria jurídica e fiscal dos bancos e outras instituições que promovem o uso de paraísos fiscais.

É, em suma, necessário dar uma resposta tanto a nível nacional como internacional. No plano nacional, destaca-se o Plano Estratégico de Combate à Fraude e Evasão Fiscais e Aduaneiros para o triénio 2018-2020, aprovado pelo Governo português, que elenca 95 medidas prioritárias, entre as quais se destacam a revisão dos regimes antiabuso em matéria de tributação das empresas, através da transposição de legislação comunitária, a revisão do regime de IVA em matéria de vendas à distância, a revisão do regime de comunicação de esquemas de planeamento fiscal abusivo. No plano da AT estão igualmente medidas de redução dos prazos da comunicação dos ficheiros de faturação (o chamado SAF-T), a introdução de um código nas faturas que permite aos consumidores fazerem chegar as suas faturas ao fisco, sem serem obrigados a darem o seu número de contribuinte, a possibilidade de desmaterialização das faturas e, no âmbito da simplificação, a possibilidade de as empresas passarem a ter os seus arquivos de faturação em formato digital.

[3] OCDE (2006: 2). *Third meeting of the OCDE forum on tax administration*. Final Seoul Declaration.

A nível internacional, a Comissão Europeia e a OCDE sugeriram medidas para combater o planeamento fiscal abusivo, tais como a obrigação de divulgação antecipada, a obrigação de divulgação adicional, a utilização de questionários e de programas de cooperação e ainda a criação de penalizações em caso de incumprimento das regras de planeamento fiscal abusivo.[4]

As regras de divulgação obrigatória antecipada de esquemas podem ser eficazes na medida em que procuram reduzir significativamente o tempo despendido na deteção de esquemas, permite investigar com maior eficácia estes esquemas, possibilita uma resposta mais rápida às situações de planeamento fiscal abusivo (OCDE, 2011:18). Estas medidas destinam-se a conhecer antecipadamente os esquemas realizados pelas empresas e posteriormente criar medidas para combater de forma eficaz este tipo de atuações. Foram vários os países que já o implementaram, como é o caso de Portugal, Canadá, Irlanda, Reino Unido e os EUA. Estes países já dispõem de regimes nacionais de comunicação obrigatória para os intermediários.

Portugal criou, como já foi referido, o Decreto-Lei nº 29/2008 para tentar obter o conhecimento de esquemas de planeamento fiscal abusivo com a colaboração dos contribuintes[5]. Este diploma define e delineia este conceito no artigo 3.º, alínea a), como sendo "qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto", impondo aos promotores destes esquemas "deveres de comunicação, informação e esclarecimento à administração tributária sobre esquemas propostos ou atuações adotadas que tenham como finalidade, exclusiva ou predominante, a obtenção de vantagens fiscais, em ordem ao combate ao planeamento fiscal abusivo".

Para combater o planeamento fiscal abusivo é necessário, de facto, reforçar as medidas antiabuso, pois estas têm como principal objetivo reprimir e penalizar o comportamento evasivo dos contribuintes. "A cláusula geral antiabuso insere-se no quadro de intervenção da Administração na luta contra o planeamento fiscal abusivo, constituindo uma válvula de escape de respiração do valor da justiça, um instrumento adequado de combate à mera engenharia financeira ostensivamente violadora da igualdade fiscal"[6].

---

[4] OCDE (2011). *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure.* Report on disclosure initiative.

[5] Loureiro, C. e Neves, A. B. (2008). Breve Comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*: 2, 117 - 150.

[6] Sousa, C. C. (2012: 34). *O planeamento fiscal abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo.* Universidade do Minho.

A norma geral antiabuso, concretizada no artigo 38.º, nº 2 da Lei Geral Tributária (LGT) e no artigo 63.º do Código de Procedimento de Processo Tributário (CPPT), bem como as outras normas específicas antiabuso poderão também dar um contributo neste combate aos negócios fraudulentos. Devem, por isso, ser reforçadas e orientadas para o combate aos esquemas de planeamento fiscal abusivo.

4 - Proposta de Diretiva do Conselho

A Proposta de Diretiva do Conselho aprovada no passado dia 1 de março de 2018 pelo Parlamento Europeu estabelece novas regras em matéria de planeamento fiscal na União Europeia que visam aumentar o controlo sobre as atividades de planeamento e aconselhamento fiscal na União Europeia[7]. A Proposta faz parte das iniciativas da UE para lutar contra a elisão e a evasão fiscais e promover um sistema fiscal mais justo.

Concretamente, a proposta visa dissuadir os intermediários, nomeadamente os consultores fiscais, os contabilistas e os advogados, de comercializar mecanismos suscetíveis de conduzir à elisão e evasão fiscais. A obrigação de comunicar às autoridades tributárias os mecanismos de planeamento fiscal agressivo recairá sobre qualquer pessoa singular ou coletiva.

É sabido que muitos destes intermediários apoiam os seus clientes na fuga aos impostos, através de mecanismos transnacionais muito complexos que permitem dissimular dinheiro em territórios *offshore*.

Estes mecanismos de planeamento fiscal passarão a ter de ser comunicados às autoridades fiscais antes de serem postos em prática (num prazo de cinco dias a contar da data da prestação ao cliente), o que poderá ter como objetivo desincentivar os intermediários de promoverem este tipo de esquemas.

Uma das principais medidas passa pela criação de um regime de comunicação obrigatória, em que o contribuinte deve apresentar às autoridades fiscais as informações sobre o mecanismo transfronteiras no prazo de dez dias úteis.

Contudo, cada Estado-Membro poderá, se necessário, conceder aos intermediários o direito à dispensa de apresentação de informações sobre um mecanismo transfronteira "quando os intermediários possam beneficiar do direito ao segredo profissional ao abrigo da

[7]http://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20180226IPR98618/intermediarios-obrigados-a-declarar-esquemas-de-planeamento-fiscal-agressivo

legislação nacional". Neste caso, a Proposta de Diretiva determina que os intermediários "devem informar por escrito os contribuintes desta responsabilidade que resulta do direito ao segredo profissional".

Desta Proposta resulta ainda a necessidade de t**roca obrigatória de informações entre os Estados-Membros.** A troca automática e obrigatória de informações é um elemento fundamental desta Proposta. Os Estados-Membros trocarão automaticamente e trimestralmente, através de uma base de dados centralizada, as informações que receberem sobre mecanismos de planeamento fiscal, o que permitirá alertar atempadamente os Estados para os riscos de elisão e fraude fiscais.

Também se prevê que a Comissão deve publicar uma lista dos mecanismos fiscais transfronteiras comunicados suscetíveis de serem utilizados para fins de elisão e fraude fiscais, sem fazer qualquer referência ao intermediário ou ao contribuinte.

A Proposta deixa aos Estados-Membros a responsabilidade de estabelecer as sanções aplicáveis em caso de violação grave das regras estabelecidas. O Parlamento Europeu quer que a Comissão disponibilize ao público uma lista dos intermediários e contribuintes a quem tenham sido aplicadas sanções.

Considerações finais

Tendo em conta a influência negativa que o planeamento fiscal abusivo tem na economia de um país, entendemos por bem que os Estados adotem medidas no sentido de evitar a quebra de receitas e de confiança no sistema fiscal, bem como o aumento das desigualdades entre os cumpridores e não cumpridores.

Verificou-se que existe uma grande preocupação por parte dos países em combater o planeamento fiscal abusivo através do previsto no Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro. Está previsto que os novos requisitos de comunicação se tornem obrigatórios no início de 2019. À semelhança de alguns países como os EUA, a Inglaterra, o Canadá e a Irlanda, Portugal promoveu a obrigação de comunicação antecipada de potenciais esquemas por parte de promotores. Inspirado nas medidas desenvolvidas pelos países anglo-saxónicos, esta iniciativa revelou-se uma novidade no sistema fiscal português, sendo Portugal um dos primeiros países continentais a implementar o regime de comunicação prévia. Tal não significa obrigatoriamente que os países continentais que implementaram este sistema erradicaram estes esquemas, mas muito contribuíram para limitar os seus efeitos e combater a fraude e evasão fiscal. Os fatores culturais, legais e socioeconómicos são bastante diferentes, determinantes no sucesso / insucesso desta medida.

A sociedade portuguesa possui uma mentalidade de fuga aos impostos e tem uma percentagem elevada de economia paralela em Portugal. Considera-se que num país com uma percentagem tão elevada de economia paralela, é natural que ocorra alguma resistência por parte dos contribuintes em divulgar esquemas de planeamento fiscal abusivo. Daí que esta medida obteve pouca adesão pelos contribuintes e promotores, não tendo obtido o sucesso esperado em Portugal.

Referências bibliográficas

Anjos, Paulo (2012). *O técnico oficial de contas e as normas antiabuso*. IV Congresso dos TOC: uma nova atitude. Acedido a 5 de maio de 2014, em http://www.otoc.pt/fotos/editor2/pauloanjos.pdf.pública.

Balakrishnan, K., Blovin, J. e Guay, W. (2012). Does tax aggressiveness reduce corporate transparency? *University of Pennsylvania.*

Desai, M.A., Folex, C. F. e Hines, J.R. (2004). A multinational perspective on capital structure choice and internal capital markets. *Journal of Finance*: 6, 2451 – 2487.

Egger, P., Eggert, W. e Winner, H. (2010). Saving taxes through foreign plant ownership. *CESifo Working Paper*: 1887.

Frank, M., Lynch, L. e Rego, S. (2009). Tax reporting aggressiveness and its relation do aggressive financial reporting. *The Accounting Review:* 2, 467 – 496.

Fuest, C., Spenger, C., Finke, K., Heekerneyer, J. e Nusser, H. (2013). Profit shifting and aggressive tax planning lay multinational firms: issues and option for reform. *World Tax Journal*: 3.

Gruper, H. e Mutti, J. (1991). The Taxes, Tariffs and Transfer Pricing in multinational corporate decision making. *The Review of Economics and Statistics*: 2, 285 – 293.

Loureiro, C. e Neves, A. B. (2008). Breve Comentário ao recente regime de combate ao planeamento fiscal abusivo. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*: 2, 117 - 150.

Ministério das Finanças e da Administração Pública (2011). *Combate à Fraude e Evasão Fiscais de 2010*. Relatório de atividades desenvolvidas.

OCDE (2006). *Third meeting of the OCDE forum on tax administration*. Final Seoul Declaration.

OCDE (2011). *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure.* Report on disclosure initiative.

Sousa, C. C. (2012). *O planeamento fiscal abusivo. O Decreto-Lei 29/2008 de 25 de Fevereiro e os esquemas de planeamento fiscal abusivo.* Universidade do Minho.

Wilson, R. (2007). An examination of corporate tax shelter participants. *The Accounting Review*: 3, 969 – 999.

O Artigo 611-A, III, da CLT e o seu descompasso com a finalidade social do intervalo intrajornada

Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho[1]

Brenno Henrique de Oliveira Ribas[2]

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Finalidade social do intervalo intrajornada e a Reforma Trabalhista. 2. A posição do Poder Judiciário trabalhista acerca da finalidade social do intervalo intrajornada. 3. O descompasso do artigo 611-A, III, da CLT em relação a finalidade social do intrajornada. Conclusões. Referências.

Introdução

O presente trabalho estuda o direito trabalhista a intervalo intrajornada, do ponto de vista teológico, levando em consideração as alterações implementadas pela Lei nº 13.467/2017, em vigor desde novembro de 2017, popularmente conhecida como a "Reforma Trabalhista", em razão de alterar em mais de cem pontos a CLT.

O intervalo intrajornada é regra protetiva da pessoa humana, do âmbito trabalhista, que visa permitir a recuperação das energias do empregado e sua concentração ao longo da prestação diária de serviços, permitindo a preservação da saúde física e mental do trabalhador

A referida Lei nº 13.467/2017, inseriu o artigo 611-A, inciso III, na Consolidação das Leis Trabalhistas do Brasil (CLT), o qual dispõe que convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuser sobre intervalo de intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos, ou seja, fixou uma nova diretriz de tempo mínimo de intervalo intrajornada.

Esse 'novo' tempo mínimo de intervalo intrajornada não é uma completa novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois já havia a previsão, em caráter excepcional, que o limite mínimo de 01 (uma) hora para repouso ou alimentação pudesse ser reduzido para 30

[1] Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Advogado e Professor.

[2] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA). Advogado

(trinta) minutos, mas desde que por ato do Ministro do Trabalho, quando ouvida a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT), que verificaria requisitos para que essa diminuição fosse possível, como a existência de refeitório no local de trabalho.

Mas, em regra, pela sistemática anterior o trabalhador tinha o direito a um intervalo para descanso e alimentação de uma a duas horas para a jornada padrão de oito horas diárias. Já pelo dispositivo retro citado, o intervalo poderá ter meia hora, através de negociação entre empregado e empresa, sem a necessidade de ouvida de Ministro de Trabalho e independente de qualquer requisito a ser atendido

Esse é um fato preocupante, uma vez que não há mais nada que garanta que o trabalhador terá tempo suficiente para descansar e almoçar em trinta minutos, como anteriormente havia. Neste caso, os trinta minutos não sendo de fato suficientes, o trabalhador arcará com riscos a sua segurança e saúde.

Destaca-se que o Judiciário Trabalhista ao longo dos anos, veem decidindo, de forma bem rígida, desfavoravelmente às práticas empresariais que acabam por, justamente, proporcionar um tempo inadequado de intervalo.

Isso ocorre, em razão da finalidade social do intervalo intrajornada ser a preservação da saúde e segurança do trabalhador, através de uma pausa no meio da jornada, que o possibilite repor suas energias e se alimentar adequadamente.

Todavia, a reforma trabalhista põe em dúvida a eficácia dessa norma, com a alteração implementada. Seus termos são obscuros e injustificados. Por isso, a pesquisa se faz relevante, porquanto estuda a finalidade social do intervalo intrajornada, analisando a sua exequibilidade com os termos do art. 611-A, III, da CLT.

1. A Finalidade social do intervalo intrajornada e a Reforma Trabalhista

Em todos os sistemas jurídicos, o direito positivado é estruturado por um conjunto de postulados estabelecidos juridicamente, denominados de normas jurídicas, que expressam os direitos e deveres dos cidadãos, bem como, a organização do próprio Estado criador desses mandamentos legais.

Para serem obrigatórias, do ponto de vista de um Estado Democrático de Direito, Miguel Reale leciona em sua Teoria Tridimensionalista do Direito, que é necessário que essas normas jurídicas satisfaçam pressupostos de validade, notadamente: 1- de validade formal ou

técnico jurídica (vigência), 2 - de validade social (eficácia ou efetividade) e 3 - de validade ética (fundamento)[3]:

Primeiramente, a vigência trata-se da executoriedade compulsória de uma norma jurídica, por haver sido elaborado por um órgão com legitimidade subjetiva e com legitimidade quanto á matéria sobre que a legislação versa, e ainda, ter sido elaborada em obediência às exigências de um devido processo legal.[4]

Todavia, conforme a teoria realiana, não basta apenas que a norma esteja vigente para ser válida, é necessário ainda que ela tenha eficácia, ou seja, que ela seja reconhecida e incorporada à maneira de ser e agir da coletividade, pois de nada adianta uma regra jurídica formalmente valida, sem um mínimo de aplicação no seio do seu grupo. Não obstante, há regras de direito que, embora não reconhecidas pela sociedade em geral, - e não por este ou aquele infrator isoladamente, têm eficácia compulsória. Isto se dá, porque os tribunais não podem recusar aplicação às normas em vigor, a não ser quando estiver caracterizado e comprovado que a lei invocada caiu em efetivo desuso.[5]

Por fim, o autor aduz que toda norma jurídica carece de um fundamento, uma vez que:

> O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, "uma tentativa de Direito justo", por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou ratio júris. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.[6]

Das lições do renomado jurista trazido à baila, depreende-se que todas regras jurídicas válidas têm, além de eficácia e vigência, um fundamento. Esse último elemento, em especial, é importantíssimo a qualquer norma, pois representa justamente sua razão de ser/existir.

Na lição de Paulo Nader:

> Quando o legislador elabora uma lei, parte da idéia do fim a ser alcançado. Os interesses sociais que pretende proteger, inspiram a formação dos documentos legislativos. Assim, é natural que no ato

[3] REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 97.
[4] REALE, Id, Ibid. p. 99-102.
[5] REALE, Id, Ibid. p. 105.
[6] REALE, Id, Ibid. p. 106-107.

> de interpretação se procure avivar os fins que motivaram a criação da lei, pois nessa descoberta estará a revelação da *mens legis*.[7]

Nesta senda, o nosso ordenamento pátrio, vincula a atividade do intérprete ao fim social da norma, tanto que o artigo 5º da Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro (LINDB), assim estabeleceu: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum".[8]

Destarte não haver um consenso doutrinário acerca da questão da obrigatoriedade das normas de interpretação, incluídas pelo legislador no código, não há dúvidas quanto ao posicionamento do sistema jurídico brasileiro em relação a existência e importância da mens legis.

No Direito Trabalho, especificamente, é bastante notória a inclinação para essa finalidade social, pois em verdade, como assevera Mauricio Godinho Delgado, a vertente normativa trabalhista se apresenta relevante a partir da experiência teleológica, a qual concretiza o fenômeno do Direito.[9]

Notadamente, esse escopo normativo visa ao propósito originário de proteção ao trabalhador, partindo do pressuposto, que este possui uma condição de hipossuficiência perante o empregador na relação empregatícia. No entanto, a cada dia que passa, essa finalidade veem perdendo cada vez mais sua força em prol dos interesses econômicos da classe patronal.

A tendência do mundo do trabalho, seguindo a lógica capitalista, é a de flexibilização dos direitos trabalhistas. Tal tendência se confirmou no Brasil no dia 13 de julho de 2017, quando foi sancionada pelo Presidente da República Michel Temer, sem vetos, a Lei nº 13.467, que promoveu uma profunda alteração na legislação trabalhista vigente. Entre os pontos modificados, está o do tempo mínimo de intervalo de descanso e alimentação, no caso de jornadas de mais de seis horas.

Esse tempo é denominado de intervalo intrajornada, aqueles concedidos dentro da jornada diária de trabalho pactuada, é uma das garantias do trabalhador mais importantes. Mesmo assim, muitos ainda desconhecem o real sentido de sua existência, as implicações de não se usufruir deste período, ou gozá-lo parcialmente, entre outros desdobramentos.

---

[7] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 279-280.
[8] BRASIL. Decreto Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
[9] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016. p.50.

Isso acaba permitindo mudanças desarrazoadas, como a conferida pela Reforma Trabalhista, que podem vir a gerar graves consequências ao trabalhador, pois essa norma guarda em sua finalidade a proteção ao bem-estar, tanto físico quanto psíquico, do trabalhador.

O intervalo intrajornada voltado para refeição e descanso do empregado encontra-se previsto no artigo 71 da CLT[10]. A duração do intervalo é diferente, conforme se trate de jornada entre 4 e 6 horas (15 minutos – CLT, art. 71, §1º) ou superior a 6 horas (uma a duas horas – CLT, art. 71, caput), sendo certo que esses intervalos não integram a jornada de trabalho dos empregados (CLT, art. 71, §2º).

O intervalo intrajornada, como bem elucida Tribunal Superior do Trabalho (TST) em decisum realizado no ano de 2012, tem por objetivo:

> (...) proteger a saúde e a segurança do trabalhador, previsto no artigo 7º, inciso XXII, da Constituição da República, para a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Dessa forma, a concessão do intervalo intrajornada visa permitir a recuperação das energias do empregado e sua concentração ao longo da prestação diária de serviços, revelando-se importante instrumento de preservação da sua higidez física.[11]

O mesmo TST, por meio na Súmula nº 437, no item II, consolidou o entendimento que o intervalo intrajornada constitui norma de ordem pública, por tratar-se de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho.[12]

Assim, o descanso intrajornada, precisa ser observado como forma de resguardar a higidez física e mental do trabalhador — matéria de ordem pública — e, com isso, mitigar o absenteísmo por motivos de saúde, além de primar pela eficiência do empregado. Para Geraldo Avelino, "[...] a necessidade de limitação da jornada de trabalho bem como a

[10] BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, denominada Consolidação das Leis do Trabalho.
[11] TST - RR: 177007320095040733 17700-73.2009.5.04.0733, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/04/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012.
[12] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Precedentes Normativos [recurso eletrônico] – Brasília: Impressão e acabamento: Coordenação de Serviços - Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2016. p. A-139.

concessão dos necessários intervalos são justificadas face aos fundamentos de natureza fisiológica, social e econômica".[13]

O primeiro aspecto tratado pelo o autor, versa sobre algo inquestionável. Uma pessoa não pode trabalhar continuamente, sem uma pausa para a reposição de suas energias físicas e mentais, bem como, para alimentar-se, durante uma jornada de quatro ou mais horas diárias

Indubitavelmente, devem haver limites temporais mínimos para que essa recomposição seja satisfeita. A limitação da jornada de trabalho não se trata de um capricho da lei. A legislação fixa os limites mínimos de descanso respaldada por aspectos técnicos, definidos pela investigação científica a respeito da matéria, sobretudo, da fisiologia humana.

Em relação ao segundo, o raciocínio é de que trabalhadores que passam por jornadas exaustivas, ficam sem energias para qualquer outra atividade depois do labor, bem como, suscetíveis a doenças físicas e psíquicas.

Assim sendo, eles não teriam uma vida fora do trabalho. E caso ainda tenham, não seria uma saudável. Todavia, o lazer é direito fundamental, previsto em nossa constituição nos artigos 6º e 7º, inciso IV, sendo garantia a todo e qualquer trabalhador, o direito a estar com sua família, a estudar e investir em sua formação profissional ou pessoal.

Para tanto, fulcral se faz o intervalo intrajornada, pois ele permite ao trabalhador o descanso necessário para a recomposição de seu equilíbrio físico e mental, para quando retornar do trabalho, ter condição de desenvolver outras esferas de sua vida pessoal.

Quanto ao último aspecto, o intervalo intrajornada em sua finalidade social, respalda não só interesses da classe trabalhadora, como também, da classe patronal. É indiscutível que um trabalhador descansado e contente rende mais que um trabalhador exausto e infeliz.

Todavia, os empregadores em suma maioria, ainda passam por cima de todas essas considerações, e desrespeitam essa importantíssima norma. Por isso, no próximo subitem, será visto o posicionamento do Poder Judiciário Trabalhista, com intuito de reforçar a importância da finalidade social do art. 71 da CLT.

2. A posição do Poder Judiciário Trabalhista acerca da finalidade social do intervalo intrajornada.

[13] AVELINO, Geraldo Antonio. Os Intervalos para Descanso na Jornada de Trabalho. Revista da Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo. Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo. v.1, n.1 (2002). — Belo Horizonte : FAC, 2002. p. 33.

Diversas previsões normativas — em CCT ou ACT — e também práticas empresariais relativas ao intervalo intrajornada, bastante questionáveis quanto à possibilidade de aplicação de punições, foram levadas ao judiciário trabalhista, por falta de vedação expressa na lei.

De forma mais concreta, pode-se fazer referência a previsões em instrumentos normativos e/ou a práticas de fracionamento do intervalo intrajornada e de concessão desse mesmo intervalo a qualquer momento da jornada.

Nesses casos, a análise da finalidade social da norma teve o papel fulcral para a justa resolução dos dissídios.

No caso da concessão fracionada do intervalo, o empregado cumpre o intervalo mínimo em diversos períodos sucessivos inferiores à 01 hora de duração, ou seja, ele cumpre o horário mínimo previsto na CLT, mas de forma fracionada.

A respeito, a legislação em nada se pronuncia, nem no sentido de autorizar, nem no de vedar essa prática. Contudo, sob o prisma da natureza e do fim social da norma, no silêncio normativo, os Tribunais Trabalhistas veem decidindo que não é admissível o fracionamento do intervalo.

Vejamos um trecho de decisão recente, oriunda do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 17ª Região, que ilustra bem o posicionamento atual do judiciário trabalhista nesta questão:

> Decisão: Sabe-se que as normas jurídicas concernentes a intervalos intrajornada têm caráter de normas de saúde pública. Portanto, a manutenção desse intervalo é indispensável, na medida em que o trabalho realizado em jornadas prolongadas contribui para a fadiga física e psíquica do trabalhador, conduzindo à insegurança no ambiente de trabalho. Dessa forma, entendo que o fracionamento do intervalo intrajornada não pode ser considerado legítimo, por prejudicial à saúde do trabalhador e atentatório ao patamar mínimo civilizatório do obreiro. Isso porque o parcelamento do intervalo intrajornada não atende à finalidade da previsão contida no art. 71 da CLT, que é proporcionar ao trabalhador o tempo necessário para repousar e alimentar-se antes de retornar ao serviço.[14]

[14] TRT-17, ROPS 0001155-59.2015.5.17.0181, Relator: Min. Gerson Fernando da Sylveira Novais, julgado em 18/04/2017, publicado em DEJT-2210, DIVULG 19/04/2017, PUBLIC 20/04/2017.

O acordão deixa bem claro, que o fracionamento do intervalo intrajornada não é possível porque não proporciona o devido descanso ao trabalhador, que é justamente o fundamento do art. 71 da CLT.

Ademais, reforça o contido na súmula 437 do TST, de que tal finalidade é de ordem pública. Observa-se, que ao alegar isso, resta implícita a sustentação de que a norma é insuscetível de alteração pelas partes, pois essa é a implicação básica de normas cogentes.

Em decisão versando sobre o mesmo art. 71 da CLT, o TST pronunciou-se no sentido que "[...] normas de ordem pública, estão excluídas da disponibilidade das partes, que sobre elas não podem transigir"[15]. Logo, sem uma previsão expressa na lei, pela omissão, correto entender pela vedação da prática.

Trata-se de uma posição firme do judiciário trabalhista quanto a natureza de ordem pública do intervalo intrajornada, onde é reafirmada a concepção de que não é possível a prevalência do negociado sobre o legislado.

No tocante ao momento da concessão do intervalo intrajornada, tem-se o mesmo o problema que no caso anterior. Em nenhum trecho do texto do art. 71 da CLT, há previsão expressa quanto ao momento de concessão do intervalo para descanso e almoço.

Logo, surgiu no mundo do trabalho a pratica de conceder esses intervalos a qualquer momento, tanto no início, quanto no final da jornada de trabalho. Ao ser levada a juízo, o judiciário trabalhista, tal como no caso anterior, cuidou de suprir o silencio normativo, e sob a luz da finalidade social da norma, também vedou esta prática.

Vejamos trecho de acordão da sexta turma do TST, cujo teor preconiza:

> Decisão: Nos termos do art. 71, da CLT, para os trabalhos contínuos, de duração superior a seis horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso e alimentação de, no mínimo, uma hora. O objetivo da norma é garantir a recuperação das energias do empregado e manter a sua concentração ao longo da prestação diária de serviços, revelando-se importante instrumento de preservação da higidez física e mental do trabalhador. O desrespeito a essa regra conspira contra os objetivos da proteção à saúde e à segurança no ambiente de trabalho. Assim, a concessão do intervalo no final ou no início da jornada de trabalho

[15] TST, E-RR n. 86900-21.2004.5.02.0242, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 07/03/2007, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/03/2007.

> não atende à sua finalidade, e equivale à sua supressão. A fim de garantir efetividade à norma que assegura a pausa para refeição e descanso, valorizou-se esse tempo de intervalo frustrado como se labor extraordinário fosse, ao teor da Súmula nº 437, I, do TST. Recurso de revista de que não se conhece.[16]

Trata-se de mais um acerto do judiciário trabalhista, uma vez que se o intervalo é concedido no início, não há o que descansar, haja vista que o trabalhador sequer ainda trabalhou, e se concedido no fim, há uma confusão com o intervalo 'interjornada', que já é outra modalidade de intervalo, com outra finalidade. Conceder este intervalo em momento diverso ao meio da jornada torna a norma ineficaz, pois seu propósito de existência é a reposição de energias do trabalhador, um momento para pausa, para o obreiro 'se desligar' do trabalho, após horas contínuas de labor.

Não se pode admitir a prática da utilização indevida e desvirtuamento do instituto para atendimento às conveniências da organização empresarial, uma vez que interpretar e aplicar uma norma sem considerar a sua finalidade social equivale a violar a própria norma.[17]

3. O descompasso do artigo 611-A, III, da CLT em relação a finalidade social do intervalo intrajornada.

Como mencionado anteriormente de forma inicial, em julho de 2017, foi sancionada e publicada a Lei nº 13.467, mais conhecida como a "Reforma Trabalhista", que tem como principal ponto, a possibilidade de que acordos entre empregados e empresas possam prevalecer sobre a legislação trabalhista em determinados casos.

De acordo com os representantes do governo, a reforma objetiva solucionar uma de suas principais preocupações, que é a retomada da economia e a redução do quadro de desempregados, estimado em 13,5 milhões de pessoas no trimestre de abril a junho de 2017, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).[18]

---

[16] TST, RR 20092-03.2014.5.04.0024, Relator (a): Min. Kátia Magalhães Arruda, julgado em 30/05/2016, 6ª Turma, publicado em DEJT-1971, DIVULG 05/05/2016, PUBLIC 06/05/2016.

[17] PEDRA, Anderson Sant' Ana. Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762. Acessado em 28 de abr. 2017.

[18] PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS CONTÍNUA JUNHO DE 2017. Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, v. 29, 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201706_comentarios.pdf>. Acessado em 14 de ago. de 2017.

Neste sentido, é asseverado que a mudança legislativa "[...] vem no sentido de garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores".[19]

Dentre as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado trazidas pela lei, a do inciso III do art. 611-A propõe a possibilidade de diminuição do tempo de intervalo intrajornada por meio de CCT ou ACT.

Conforme o supracitado inciso, in verbis:

> Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
> (...)
> III - A convenção ou acordo coletivo de trabalho tenha força de lei quando dispuser sobre intervalo de intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos".[20]

O citado dispositivo permite que o intervalo intrajornada possa ser de apenas 30 minutos, por meio de negociação coletiva. Contudo, esse tempo de intervalo é nitidamente insuficiente para um trabalhador descansar e realizar uma refeição. Um excelente exemplo para demonstrar isso, é o do operário do setor industrial. O seu local de trabalho encontra-se na área industrial do município em que vive, logo, numa região afastada da zona urbana, muito provavelmente, distante da sua residência.

Com essa alteração, esse trabalhador terá trinta minutos para ir a sua casa almoçar e descansar, e, em seguida, voltar ao seu local de trabalho. Será que é possível fazer isso em trinta minutos? O senso comum sugere que não (mesmo em municípios de diminuto território).

Por conseguinte, o operário voltara ao labor sem a devida alimentação e repouso, algo que a médio/logo prazo poderá lhe ocasionar nefastas consequências, como: diminuição de sua qualidade de vida, redução da sua capacidade produtiva (o que poderá gerar sua eventual demissão), doenças, acidentes de trabalho, e, na pior das hipóteses, a sua morte.

---

[19] BRASÍLIA. Poder Executivo. Projeto de Lei PL 6787/2016. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D754D511EEB84D76B7338E0CE9617D54.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=PL+6787/201>. Acesso em maio de 2017. Texto Original. p. 08.

[20] BRASIL. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Op. cit.

É notoriamente muito pequeno um tempo de apenas 30 minutos para descanso e almoço, para estabelecimentos que não atendem os requisitos da SSMT. Se a empresa não atende aos requisitos da SSMT, em outras palavras, ela não oferece refeitório e nem almoço, bem como, um espaço adequado para descanso, com o silêncio e o conforto necessário.

Logo, na prática, os trabalhadores enfrentaram uma massacrante jornada de trabalho (com a possibilidade de mais horas extras), sem se alimentar e descansar adequadamente, uma vez que não terão tempo suficiente para tanto. Algo que, a longo prazo, levará a graves consequências a saúde desses obreiros.

Então, embora o governo justifique a promulgação dessa lei como primordial para a recuperação do país da crise econômica, não se pode deixar de avaliar seus efeitos e a sua validade, bem como, sua real necessidade diante das várias possibilidades que o Estado possui para se recuperar dessa situação econômica adversa.

Vale destacar, que nossa Constituição contempla a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por outro lado, a própria Constituição, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, proíbe, até mesmo através de Emenda Constitucional, a abolição dos direitos e garantias individuais nela contemplados.

Assim sendo, é evidente que o referido inciso III do art.611-A da CLT, por contrariar o fundamento pela qual uma norma cogente foi criada, é inconstitucional, pois afronta os fundamentos constitucionais supracitados.

Isso só robustece o óbvio. Essa reforma trabalhista é uma tentativa errônea do Governo de solucionar a crise financeira que assola o país. A saída para crise não pode ser encontrada na simples equação: trocar "direitos por empregos".

Na verdade, como bem sugere a Ministra Adelaíde, "a saída para a crise tem que ser encontrada na economia, não na precarização do trabalho".[21] Os direitos trabalhistas são primordiais para qualquer ser humano. Trabalhadores são humanos e não máquinas. E todo ser humano precisa de condições mínimas de trabalho garantidas, como um tempo de descanso e alimentação adequado após horas contínuas de labor.

Portanto, é inconcebível que, em pleno séc. XXI, após várias conquistas trabalhistas, que vão desde a abolição da escravidão até limitação da jornada diária de trabalho, uma

[21] CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ministra do TST critica reforma trabalhista; deputados dizem que Justiça está distante da realidade**. 16 mar. 2017. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/525401-MINISTRA-DO-TST-CRITICA-REFORMA-TRABALHISTA-DEPUTADOS-DIZEM-QUE-JUSTICA-ESTA-DISTANTE-DA-REALIDADE.html>. Acesso em 21 de mai. 2017.

situação econômica adversa possa ter o condão de suprimir um direito como o do intervalo intrajornada, pois a vida humana deve ser sempre considerada acima de qualquer outra coisa.

O que está em contenda nesta reforma legislativa não é uma simples alteração de palavras em um texto, mas a vida de milhares de trabalhadores que serão submetidos a severas jornadas de trabalho com um tempo insuficiente para descanso e alimentação.

4. Conclusões

Após a análise procedida nos termos do art. 611-A, inciso III, acrescido a CLT pela Lei nº 13.467 de 2017, pode-se dizer que o mesmo contraria a finalidade social pela qual o intervalo intrajornada foi criado.

Nosso texto maior contempla a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como, enumera a inviolabilidade do direito à vida como um dos direitos e garantias fundamentais.

Via de consequência, é certo afirmar que as regras protetivas da pessoa humana – e dentro desse panorama as trabalhistas – não podem ser deterioradas nem mesmo para afastar o país de uma crise econômica.

É que os valores humanos se sobrepujam aos elementos patrimoniais, devendo se lembrar que o Direito existe para o homem, incumbindo-lhe, precipuamente, garantir sua proteção integral.

Neste sentido, como já mencionado neste trabalho, a nossa Constituição, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, proíbe, até mesmo através de Emenda Constitucional, a abolição dos direitos e garantias individuais nela contemplados.

Portanto, conclui-se que o art. 611-A, inciso III da CLT está em descompasso com a finalidade social do intervalo intrajornada, via de consequência, com todo o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que gera uma situação de total desrespeito a dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho e ao direito à vida. Assim sendo, deve ser declarada inconstitucional neste ponto, cabendo aos legitimados interporem a competente Ação Direta de Inconstitucionalidade sob pena de, futuramente, sofrerem com as graves consequências de laborar sem um tempo adequado para descanso e alimentação.

Referências Bibliográficas

AVELINO, Geraldo Antonio. Os Intervalos para Descanso na Jornada de Trabalho. **Revista da Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo**. Faculdade de Ciências Administrativas de Curvelo, Belo Horizonte, v.1, n.1, p. 33, anual. 2002.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 4.657**, de 4 de set. de 1942, denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Brasília, DF, set 1942.

_____. **Decreto Lei n.º 5.452**, de 1º de mai. de 1943, denominada Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF, mai 1943.

_____. **Lei n.º 13.467**, de 13 de jul. de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Brasília, DF, jul 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho (TST).** Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico] – Brasília: Impressão e acabamento: Coordenação de Serviços - Gráficos - CSG/SEG/TJDFT, 2016. p. A-139.

BRASÍLIA. Poder Executivo. **Projeto de Lei PL 6787/2016**. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D754D511EEB84D76B7338E0CE9617D54.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=PL+6787/201>. Acesso em maio de 2017. Texto Original. p. 07.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Ministra do TST critica reforma trabalhista; deputados dizem que Justiça está distante da realidade.** 16 mar. 2017. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E PREVIDENCIA/525401-MINISTRA-DO-TST-CRITICA-REFORMA-TRABALHISTA DEPUTADOS-DIZEM-QUE-JUSTICA-ESTA-DISTANTE-DA-REALIDADE.html>. Acesso em 21 de mai. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEDRA, Anderson Sant' Ana. **Os fins sociais da norma e os princípios gerais de direito**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3762. Acessado em 28 de abr. 2017.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS CONTÍNUA JUNHO DE 2017. Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, v. 29, 2017. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Comentarios/pnadc_201702_comentarios.pdf >. Acessado em 14 de ago de 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRT-17, **ROPS 0001155-59.2015.5.17.0181**, Relator: Min. Gerson Fernando da Sylveira Novais, julgado em 18/04/2017, publicado em DEJT-2210 DIVULG 19/04/2017 PUBLIC 20/04/2017.

TST, **E-RR n. 86900-21.2004.5.02.0242**, Relator: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 07/03/2007, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 23/03/2007

_____, **RR: 177007320095040733 17700-73.2009.5.04.0733**, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/04/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012.

_____, **RR 20092-03.2014.5.04.0024**, Relator(a): Min. Kátia Magalhães Arruda, julgado em 30/05/2016, 6ª Turma, publicado em DEJT-1971 DIVULG 05/05/2016 PUBLIC 06/05/2016

A resiliência da capacidade contributiva como direito fundamental frente políticas de austeridade fiscal

Paulo Arthur Germano Rigamonte[1]

Brenno Henrique de Oliveira Ribas[2]

[3]

SUMÁRIO

Introdução. 1. Capacidade contributiva como princípio e direito fundamental. 2. Limites informadores da capacidade contributiva: o mínimo existencial, o excesso de tributação e a vedação do retrocesso. 3. O direito fundamental à capacidade contributiva como contenção às políticas de austeridade fiscal. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo consagra o escopo de (re)configurar a capacidade contributiva, indiscutivelmente tida como princípio limitador do poder de tributar, na qualidade de autêntico direito fundamental individual, cuja importância recairá na avaliação que esse princípio é capaz de receber em períodos de crises econômico-financeiras, durante os quais medidas de austeridade fiscal tomam corpo.

Para tanto, primordialmente serão traçados os conceitos da capacidade contributiva como princípio, após o que especial atenção será dada no esforço de (re)configurá-la como direito fundamental individual.

Uma vez delineadas as principais características dos direitos fundamentais passíveis de serem atribuídas à capacidade contributiva, a análise recairá nos limites que ela assume perante o Estado, tais como a proteção do mínimo existencial, a vedação do confisco e a consagrada proibição do retrocesso.

Por fim, a solução se debruçará no empréstimo que a qualificação da capacidade contributiva como direito fundamental é capaz de dar ao problema da resiliência desse importante princípio (e agora, direito) frente às medidas ou políticas de austeridade fiscal.

---

[1] Mestrando em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado.
[2] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA). Advogado.

O método utilizado na elaboração da presente pesquisa foi o de compilação, desenvolvendo-se uma análise bibliográfica com alicerce na consulta a livros, normas nacionais e internacionais e artigos em periódicos.

1. Capacidade contributiva como princípio e direito fundamental

Regina Helena Costa, em sua obra dedicada ao estudo do princípio da capacidade contributiva, afirma que o mesmo "traduz-se num autêntico princípio", definindo-o como:

> Regra geral e abrangente que vem condicionar toda a atividade legiferante no campo tributário, quer na eleição das hipóteses de incidência (no nosso sistema, observadas as regras-matrizes já postas pela Constituição), quer no estabelecimento dos limites mínimo e máximo dentro dos quais a tributação pode atuar, quer ainda, na graduação dos impostos atendendo às condições pessoais dos sujeitos passivos[4].

Depreende-se que o princípio da capacidade contributiva impõe limites na atividade legiferante do Estado no campo tributário, servindo de instrumento prático para a vedação do confisco e a proteção do mínimo existencial, conceitos que serão adiante melhor explorados.

Esse princípio advém da ideia de que cabe a todos igualitariamente o ônus da manutenção do Estado, de acordo com o impacto que o tributo tem na capacidade de contribuir de cada um, sendo fulcral que esse impacto seja igual a fim de que a devida repartição das despesas pretendida seja obtida[5].

Para tanto, impõe-se a verificação da potencialidade econômica de cada indivíduo, ou seja, a análise da capacidade econômica do contribuinte. Importa ressaltar que, embora parte da doutrina trate a capacidade contributiva e a capacidade econômica como conceitos distintos, entende-se aqui que ambos se referem à capacidade do contribuinte de pagar tributos, sendo o último corolário lógico do princípio da capacidade contributiva.

Uma vez esclarecido os conceitos pertinentes, entende-se que a capacidade econômica diz respeito a falta de qualquer riqueza do contribuinte apta a ser tributada, ou seja, refere-se à indisponibilidade econômica do contribuinte para o pagamento de tributos.

Logo, o indivíduo deverá ser graduado somente de acordo com sua capacidade de contribuir, tendo esta que ser suficiente para arcar com determinado tributo, sem que haja o comprometimento do seu sustento e de sua família.

---

[4] COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 32.

[5] HACK, Érico. A proteção da capacidade contributiva tributária pelos direitos humanos internacionais. Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 11, p. 19-37, 2007, p. 21. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4145>. Acesso em: 02 nov. 2018.

Sua aplicação é indispensável para que não haja uma sobrecarga de imposição tributária sobre os contribuintes, em flagrante violação da justiça fiscal, o que poderia pôr em risco a legitimidade do sistema fiscal e, consequentemente, da estrutura social como um todo.

Dessa forma, apresenta-se não apenas como um eficaz instrumento de justiça fiscal, mas também como um corolário lógico do princípio da igualdade, básico em todo e qualquer regime democrático de direito[6].

Nesse sentido, Regina Helena Costa afirma que "o princípio da capacidade contributiva é uma derivação do princípio maior da igualdade, um subprincípio deste que corresponde a uma das expressões da isonomia no campo dos impostos"[7].

Ademais, conforme bem destaca Rita de Cássia:

> [...] se bem interpretado e avaliado na sua essência, representa o mecanismo perfeito para se afastar as desigualdades próprias do sistema, tornando efetivo os fundamentos do Estado Democrático de Direito, nomeadamente a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além, é claro, de atender os objetivos da República, através da erradicação da pobreza e a marginalização, as desigualdades sociais e regionais, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[8].

Outra questão que se coloca é a possível sustentação de um autêntico direito fundamental à capacidade contributiva, tomando-se emprestada as lições de Ingo Wolfgang Sarlet no sentido de que, no viés constitucional, passível de sustentação a existência de dois grupos de direitos fundamentais, "notadamente os direitos expressamente positivados (ou escritos), no sentido de expressamente positivados, e os direitos fundamentais não escritos, aqui genericamente considerados aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional)"[9].

No primeiro grupo, encontram-se os direitos expressamente previstos no catálogo dos direitos fundamentais (Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ou noutras

---

[6] MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34 n. 136, out./dez. 1997, p. 8. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/315/oprincipiodacapacidade.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.

[7] COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 65.

[8] ANDRADE, Rita de Cássia. Da Análise do Princípio da Capacidade Contributiva como Instrumento para Realização da Justiça Tributária. Tributário: Revista Digital, v. 09, n. 17, dez. 2008, p. 14, ISSN 1676-4404. Disponível em: <https://tributario.com.br/randrade/da-analise-do-principio-da-capacidade-contributiva-como-instrumento-para-realizacao-da-justica-tributaria/>. Acesso em: 02 nov. 2018.

[9] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 88.

partes da Constituição Federal, bem como aqueles sediados em tratados internacionais positivados pelo Brasil.

Com efeito, é no bojo dos direitos expressamente previstos fora do catálogo constitucional que se situa a capacidade contributiva (art. 145, § 1º). E assim o fez o STF ao julgar a ADIN nº 939-7, relacionando os limites constitucionais ao poder de tributar como autênticos direitos e garantias fundamentais individuais do cidadão.

Embora o reconhecimento do STF tenha pairado sobre o art. 150, incisos I a VI, da Constituição, não se pronunciando especificamente em relação à capacidade contributiva, passa-se ao largo de afastá-la da qualidade de autêntico limite do poder de tributar, até porque o próprio *caput* do art. 150 dispõe que "sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...]", ressaltando que o rol estipulado abaixo dele não é nem um pouco exaustivo, o que admite sua extensão a outras normas limitadoras previstas no texto constitucional, a exemplo da capacidade contributiva do art. 145, § 1º.

Outra justificativa à qualificação da capacidade contributiva como direito fundamental individual, são os três pilares de sustentação que a concretizam, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a propriedade, outrora direitos igualmente fundamentais.

Para Érico Hack, porque existentes esses pilares da capacidade contributiva, seus limites, "quando desrespeitados, ensejam o acesso às cortes internacionais de proteção aos direitos humanos"[10], sendo possível o contribuinte lesado ajuizar ações tributárias nessas cortes, tamanha a importância que a capacidade contributiva é capaz de assumir também como direito fundamental.

Outrossim, impende destacar que a capacidade contributiva tem aplicabilidade imediata, porque se reveste da concepção de norma de eficácia plena, na forma do art. 5º, § 1º, da Carta Política, não se tratando, pois, de mera norma programática, em que pese respeitáveis entendimentos em contrário.

Enfim, uma vez qualificada a capacidade contributiva como autêntico direito fundamental, alocando-a como norma de eficácia plena, resta debruçar sobre sua força irradiante como limite do poder de tributar, sobretudo quando este se revestir de abusividade.

[10] HACK, Érico. A proteção da capacidade contributiva tributária pelos direitos humanos internacionais. Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 11, p. 19-37, 2007, p. 36. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4145>. Acesso em: 02 nov. 2018.

Antes, porém, é preciso expor às minúcias os limites informadores de sua existência, quais sejam: o mínimo existencial, o excesso de tributação e a vedação do retrocesso.

2. Limites informadores da capacidade contributiva: o mínimo existencial, o excesso de tributação e a vedação do retrocesso

O mínimo existencial e a vedação do confisco, ou ainda, proibição do excesso de tributação, são os dois limites clássicos que, da mesma forma que restringem a aplicabilidade da capacidade contributiva, igualmente contribuem para a densificação de seu conteúdo. Imprescindível, pois, a investigação de cada um dos preceitos, após o que a inserção de uma terceira noção, qual seja, a vedação do retrocesso, mostrar-se-á pertinente a emprestar suficiente aptidão de resiliência à capacidade contributiva em termos de políticas de austeridade fiscal.

3.1 O mínimo existencial

Regina Helena Costa[11] define o mínimo existencial como "uma isenção concedida por motivo técnico-fiscal, qual seja, a ausência de capacidade contributiva, não podendo, destarte, ser revogada, já que a exigência de imposto, nessa situação, é inviável".

José Souto Maior Borges[12] empresta verdadeiro significado ao mínimo existencial ao discorrer sobre as considerações sociais que o justificam:

> [...] I) *conveniência prática*, dada a improdutividade do imposto em confronto com as despesas de arrecadação; II) *justiça fiscal*, os pequenos contribuintes em estágio de vida social inferior não deverão ter ainda mais reduzida a sua capacidade financeira; III) *compensação econômico-financeira*, porque os pequenos contribuintes são os que suportam mais duramente os ônus dos impostos indiretos [*destaque nosso*].

Outrossim, há quem sustente que o mínimo existencial não se trata de isenção ou imunidade tributária às necessidades vitais ou existenciais do contribuinte, mas, em verdade, de autêntica inexistência de capacidade contributiva[13].

No entanto, é em Ricardo Lobo Torres que descansa uma definição pioneira e minuciosa acerca do tema, ainda que se possa considerar seu trabalho "tendencialmente

[11] COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 65.
[12] BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 48.
[13] INGROSSO, Gustavo *apud* BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 48.

liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial"[14].

O indigitado mestre pontua que o mínimo existencial se refere a um âmbito de proteção "que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas"[15], ressaltando que, apesar dele não conter "dicção normativa específica, está compreendido em diversos princípios constitucionais", tais como o princípio da igualdade, a dignidade humana e o Estado Social de Direito[16].

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial, em que pese se tratar de preceito indefinível, reveste-se das características dos direitos de liberdade, quais sejam: é pré-constitucional, no sentido de anteceder à Constituição Federal, pertencendo à qualidade de pessoa humana; constitui um direito público subjetivo do contribuinte, condicionando a ordem jurídica; tem aplicação para todos (efeito *erga omnes*), aproximando-se do estado de necessidade; não se esgota no rol de direitos do art. 5º; e é dotado de historicidade, remodelando-se de acordo com o contexto social no qual se inserir[17].

Divisão intrínseca dada pelo saudoso professor é aquela que distingue o *status positivus* e o *status negativus* do mínimo existencial:

> O *status negativus* do mínimo existencial se afirma, no campo tributário, através das imunidades fiscais: o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência[18].
> [...]
> Os direitos da liberdade, neles incluído o mínimo existencial, exibem, além do *status negativus*, o *status positivus*, pois dependem das prestações positivas e igualitárias do Estado [...]. Ao lado da prestação jurisdicional, o Estado deve garantir também positivamente as liberdades através da polícia, das forças armadas, da diplomacia etc.[19].

Contudo, em virtude do corte temático lapidado neste trabalho, é imperioso que se debruce atenção ao *status negativus* emprestado ao mínimo existencial, verdadeiro e autêntico direito subjetivo do contribuinte contra as imersões do Estado em sua esfera de liberdade mínima, outrora representada pelo direito à subsistência.

---

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 472.
[15] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989, p. 29. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 29 out. 2018.
[16] Ibid., p. 29.
[17] Ibid., p. 32-33.
[18] Ibid., p. 35.
[19] Ibid., p. 39.

Dessarte, a ímpar contribuição do *status negativus* ao mínimo existencial é que "as imunidades fiscais [...] se convertem em isenções dos impostos indiretos sobre os bens de consumo popular ou necessários à alimentação, em descontos e abatimentos do imposto de renda pelas despesas familiares e de tratamento médico, em subvenções etc.", o que significa que qualquer processo legislativo tendencioso a restringir as imunidades "que possam ofender os direitos fundamentais, bem como a extensão da qualidade de imune a direito que não seja fundamental", deve ser de pronto afastado[20], senão controlado judicialmente pelos mecanismos do mandado de segurança e ações de inconstitucionalidade:

> Em outras palavras, acreditamos ser permitido ao Poder Judiciário examinar *in* concreto o excesso de carga fiscal incidente sobre determinado contribuinte. Admitida a noção de capacidade contributiva relativa ou subjetiva, traduzida na aptidão específica de dado contribuinte em fade de um fato jurídico tributário, lógico reconhecer-se ao juiz a possibilidade de apreciar se a mesma foi respeitada, à vista de pedido formulado nesse sentido[21].

Referida permissão ao Poder Judiciário induz o controle de constitucionalidade de leis que, a pretexto de salvaguardar o crescimento econômico (e não o desenvolvimento econômico-social[22]), reduzem a circunferência do mínimo existencial, imprimindo aos tributos dotados de pessoalidade – ou, ainda, aos tributos reais com dosada pessoalidade – condições capazes de torná-los regressivos. Daí porque a distinta inconformidade em face de medidas de austeridade fiscal (im)postas aos países em desenvolvimento nos momentos de crise, que solapam direitos fundamentais tão duramente conquistados.

3.2 O excesso de tributação

Cuida-se da vedação da utilização do tributo com efeito de confisco, que, nas palavras de Paulo César Baria de Castilho, "consiste em uma ação do Estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato"[23].

O impacto que o excesso de tributação tem sobre a capacidade contributiva do cidadão consubstancia na sua capacidade de dificultar "sobremaneira a subsistência da pessoa

[20] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989, p. 43. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 29 out. 2018.
[21] COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 78.
[22] GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 211.
[23] CASTILHO, Paulo César Baria de. Confisco tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

ou sua capacidade de prosseguir gerando riquezas"[24], razão pela qual aparece como limite na outra ponta da linha da capacidade contributiva, representando verdadeira aniquilação, ainda que parcial, da propriedade do contribuinte.

Infere-se, pois, que o excesso de tributação, limite que é ao poder tributário e integrante da noção da capacidade contributiva, reveste-se de igual proteção como direito público subjetivo do cidadão, ou seja, pode e deve ser exigido em face de legislação que extrapole seus limites como pagador de impostos.

3.3 A proibição do retrocesso

A proibição do retrocesso é tida na doutrina como uma das principais características dos direitos humanos, os quais, uma vez adotados por determinada ordem jurídica nacional – a partir do que se qualificam como direitos fundamentais –, submetem o Estado à vedação de "proteger menos do que já protegia anteriormente", cujo aspecto prático é o de que, "se uma norma posterior revoga ou nulifica uma norma anterior mais benéfica, essa norma posterior é inválida por violar o princípio internacional da vedação do retrocesso"[25].

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, sobre a constitucionalização de direitos humanos e sua consagração como fundamentais, sustentam que:

> [...] as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm pelo menos uma função de satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma "proibição de retrocesso", visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha atentar contra ele[26].

Embora a vedação do retrocesso subsista como característica de maior relevo e alcance no que diz respeito aos direitos sociais já concretizados pela ordem jurídica de determinado país, isso não significa que é possível afastar sua consagração aos direitos de defesa, tal como se apresenta o mínimo existencial de *status negativus*.

Seria um contrassenso afirmar que a seara de aplicação da proibição do efeito *cliquet* (como também é chamado o retrocesso) se resumiria exclusivamente aos direitos sociais, sobretudo porque a importância da vedação do retrocesso repousa no fato de que os direitos

[24] BRUYN JR., Herbert de. O princípio do não-confisco. São Paulo: Novas Conquistas, 2001, p. 72-73.
[25] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 28.
[26] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 129.

sociais, tal como os direitos individuais, são igualmente direitos públicos subjetivos e, portanto, fundamentais.

Noutras palavras, busca-se, através da vedação do retrocesso, imprimir verdadeira força de subjetividade aos direitos sociais, no sentido de possibilitar que o indivíduo, frente a determinadas exclusões ditadas pelo Estado, possa fazer cumprir direito fundamental outrora adquirido.

Admitida a aplicação da vedação do retrocesso aos direitos sociais, inexiste argumento contrário à sua aplicação também aos direitos individuais, assim qualificados por serem direitos de defesa contra o Estado, isto é, direitos negativos e que, por isso, exigem que o Estado se imiscua de seus conteúdos.

A partir de então, jungindo-se à afirmação de que a capacidade contributiva em seu aspecto limitador de existência (ou de isenção ou imunidade, se assim for dada preferência), que diz respeito ao mínimo existencial, é tida como direito de *status negativus*, torna-se perfeitamente possível o enquadramento da proibição do retrocesso como medida capaz de assegurar que o Estado não tribute aquilo que outrora era tido como intributável em virtude da capacidade contributiva do cidadão.

Pois bem, somente imprimindo à capacidade contributiva a qualidade de direito fundamental, é que será possível dotar seus componentes de autêntica eficácia constitucional, absorvendo as características dos direitos fundamentais que tanto os otimizam como direitos públicos subjetivos.

O impacto que essa (re)configuração da capacidade contributiva tem sobre medidas de austeridade fiscal é algo que intriga o objeto desta pesquisa, eis que se mostra como assíduo instrumento de proteção em situações nas quais o Estado, orientado por percepções indutivas de cortes de gastos e aumento de tributos, resvala nos limites da capacidade contributiva.

3. O direito fundamental à capacidade contributiva como contenção às políticas de austeridade fiscal

Em comentário ao trabalho de Joseph Stiglitz, Luiz Carlos Delorme Prado enfatiza o problema das medidas de austeridade fiscal disseminadas pelo FMI, que com frequência tem recomendado aos países enfrentadores de severas crises econômico-financeiras o aumento exorbitante da receita tributária como saída da recessão. Nesse espectro, argumenta

que "o corte de gastos e a eliminação de subsídios (normalmente para os pobres) tende a piorar a situação fiscal dos governos e provocar uma instabilidade social"[27].

Portugal, por exemplo, foi objeto de políticas de austeridade fiscal do Memorando de Troica, a partir do qual assumiu a obrigação de se esforçar na consolidação e sustentabilidade financeira das contas públicas via arrecadação fiscal. Ocorre que o peso dessas políticas se esvaiu no agravamento do Imposto de Renda daquele país, tal como assevera João Ricardo Catarino e Maria Adosinda Teixeira:

> Esse imposto sofreu, no período sob consideração, importantes e duras modificações, que consistiram em reduzir fortemente as deduções à coleta (estas foram até mesmo eliminadas para os contribuintes de maiores rendimentos) e em reduzir os escalões de renda. Esta última significou um aumento das alíquotas de imposto para rendas mais baixas, tendo unicamente em vista a obtenção de mais receita fiscal, de modo a cumprir as medidas exigidas no MoU. A par das modificações estruturantes nos níveis de carga fiscal e no próprio modelo de tributação da renda das pessoas físicas, assistiu-se ainda à diminuição dos benefícios fiscais dedutíveis à coleta do IRS[28].

O grande problema das medidas de austeridade fiscal é que elas contribuem, no mais das vezes, para o afastamento dos tributos do conteúdo da capacidade contributiva, ora reduzindo a progressividade de impostos diretos e pessoais, ora deixando de isentar gastos básicos em direitos sociais e aumentando expressivamente a carga tributária no geral.

A volatilidade com que a capacidade contributiva enfrenta as medidas de austeridade fiscal reduz sua força como princípio informador dos sistemas tributários democráticos, razão pela qual se faz necessário entende-la também como direito fundamental individual do cidadão.

Dotando-se a capacidade contributiva da qualidade de direito fundamental individual ter-se-á verdadeira fórmula de otimização de seus limites informadores (mínimo existencial, vedação do confisco e proibição do retrocesso), alimentando, pois, a ideia de que, como direito individual do contribuinte, a capacidade contributiva não deve ser inflada numa ocasião e reduzida noutra ao bel prazer do Legislativo e do Executivo.

---

[27] PRADO, Luiz Carlos Delorme. A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 203-210, 2002, p. 205. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rec/article/view/19736>. Acesso em: 02 nov. 2018.

[28] CATARINO, João Ricardo; TEIXEIRA, Maria Adosinda. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise: um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. Revista de Direito da GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 718-747, set-dez 2016, p. 737. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322016000300718&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 out. 2018.

Com isso, sustenta-se que o mínimo existencial, uma vez garantido pelo legislador, notadamente amparado na Constituição, não pode ficar sujeito ao alvedrio de políticas de austeridade fiscal, a uma porque constitui, por si só, limite imanente à capacidade contributiva em relação ao poder de tributar; a duas porque, aceitando-se a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, é um contrassenso constitucional reduzir a proteção ao que outrora já se consolidou.

Trata-se, pois, de solução a dialogar com a problemática delineada por João Ricardo Catarino e Maria Adosinda Teixeira[29], no sentido de emprestar autêntica capacidade de resiliência aos valores da progressividade, redistributividade e tributação segundo a capacidade contributiva e a pessoalidade do cidadão, valores estes consagrados ao imposto de renda tanto na Constituição de Portugal (arts. 103º e 104º), quanto na Constituição Federal de 1988 (arts. 145, § 1º, 153, § 2º, I), frente às crises econômico-financeiras que têm exigido de certos países políticas de austeridade fiscal incapazes de garantir a estabilidade da justiça fiscal e os direitos fundamentais já adquiridos pelos cidadãos.

Com efeito, a vedação do retrocesso blinda o mínimo existencial e sua não-tributação contra eventuais reformas legislativas amparadas em políticas de austeridade fiscal, buscando resguardar a segurança jurídica que o contribuinte titulariza em prol das verbas que consolidam sua esfera de sobrevivência, em especial aquelas voltadas à manutenção de sua moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, tão caros ao art. 7º, IV, da Carta Política de 1988.

Servem de exemplos blindados em prol da vedação do retrocesso as deduções admitidas pelo imposto de renda e a progressividade de suas alíquotas, garantindo o espectro subjetivo da capacidade contributiva e, com isso, tornando ótimo o conteúdo da isonomia tributária. Assim, legislações que busquem suprimir determinada dedução subsistencial ou, ainda, que visem reduzir a progressividade do imposto de renda, certamente podem e devem ser atacadas por argumentos de inconstitucionalidade, seja em que via for (mandado de segurança ou ações de controle de constitucionalidade).

Ora, se o legislador já fez a mais louvável e trabalhosa ponderação em tema de eficácia dos direitos fundamentais ao reconhecer que determinado direito (p. ex.: saúde), em qualidade e em certa quantidade, possui um núcleo intributável, com mais razão lhe deve ser

[29] CATARINO, João Ricardo; TEIXEIRA, Maria Adosinda. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise: um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. Revista de Direito da GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 718-747, set-dez 2016, p. 737. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322016000300718&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 out. 2018.

vedado retroceder e reduzir essa proteção em nome de políticas de austeridade fiscal. Do contrário, esvaziar-se-á o conteúdo do mínimo existencial, tornando-o elástico ao alvedrio do legislador ou, então, do próprio executivo, a depender da situação.

Portanto, é imperioso que a capacidade contributiva seja alicerçada a partir de um mínimo essencial seguramente delineado, em nome da existência acautelada do contribuinte, possibilitando-lhe que, diante de medidas perversas de austeridade fiscal, possa encampar instrumentos jurisdicionais a fim de proteger aquilo que lhe seja indispensável à sobrevivência, uma vez que, se o Estado não dispende esforços para garantir tal posição positivamente, que ao menos se mantenha distante em níveis sólidos.

CONCLUSÃO

1. A visibilidade constitucional do princípio da capacidade contributiva permite (re)configurá-la como originário direito fundamental individual do cidadão, seja porque o rol do art. 150, incisos I a VI, da Constituição, é aberto às demais garantias asseguradas ao contribuinte, seja porque se amolda sobre os pilares da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da propriedade, tidos igualmente como direitos fundamentais.

2. O mínimo existencial de *status positivus*, entendido na lição de Ricardo Lobo Torres no sentido de que o poder de imposição do Estado não pode privar a esfera da liberdade mínima do contribuinte ao direito à subsistência, reveste-se como direito público subjetivo que demanda proteção tanto positiva quanto negativa do Estado.

3. Informador da capacidade contributiva e direito público subjetivo que é, o mínimo existencial de *status positivus* atrai a proteção do consagrado princípio da proibição do retrocesso em direitos fundamentais.

4. A proibição do retrocesso insculpe a capacidade contributiva de proteção suficiente às medidas de austeridade fiscal, mormente aquelas que vislumbram o aumento da arrecadação tributária ao atropelo do mínimo existencial e da vedação do confisco.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rita de Cássia. Da Análise do Princípio da Capacidade Contributiva como Instrumento para Realização da Justiça Tributária. Tributário: Revista Digital, v. 09, n. 17, dez. 2008, ISSN 1676-4404. Disponível em: <https://tributario.com.br/randrade/da-analise-do-principio-da-capacidade-contributiva-como-instrumento-para-realizacao-da-justica-tributaria/>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BASTO, José Guilherme Xavier de. Justiça Tributária: ontem e hoje. Boletim de Ciências Económicas, v. XLIX, 2006. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316.2/24850>. Acesso em: 23 set. 2018.

BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
BRUYN JR., Herbert de. O princípio do não-confisco. São Paulo: Novas Conquistas, 2001.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
CASTILHO, Paulo César Baria de. Confisco tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
CATARINO, João Ricardo; TEIXEIRA, Maria Adosinda. Resiliência da progressividade, da capacidade contributiva e da redistribuição de renda na tributação das pessoas físicas em época de crise: um estudo objetivado na crise financeira portuguesa. Revista de Direito da GV, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 718-747, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322016000300718&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 nov. 2018.
COELHO, Claudio Carneiro Bezerra Pinto. O "novo" constitucionalismo e a (in) justiça fiscal no Brasil. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 9, n. 2, p. 68-89, jun. 2014. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/573>. Acesso em: 26 set. 2018.
COSTA, Regina Helena. Princípio da capacidade contributiva. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012.
GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
HACK, Érico. A proteção da capacidade contributiva tributária pelos direitos humanos internacionais. Revista Scientia Iuris, Londrina, v. 11, p. 19-37, 2007.
INGROSSO, Gustavo apud BORGES, José Souto Maior. Isenções tributárias. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 34 n. 136, out./dez. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/315/oprincipiodacapacidade.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2018.
PRADO, Luiz Carlos Delorme. A globalização e seus malefícios: a promessa não cumprida de benefícios globais. Revista de Economia Contemporânea, Rio de Janeiro, v. 06, n. 02, p. 203-210, 2002. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rec/article/view/19736>. Acesso em: 02 nov. 2018.
SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>. Acesso em: 29 out. 2018.

Pobreza desenfreada: realidade do Nordeste brasileiro

Ana Carolina Abreu Bolina da Silva[1]

André Augusto de Souza Augustinho[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. O contexto histórico responsável pelo desequilíbrio de privilégios na região Nordeste do Brasil. 3. Novo Triunfo (BA), a cidade mais pobre do país. 4. Metas Sociais Contra Miséria no Nordeste do Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

Resumo

A Região Nordeste do Brasil, é um cenário marcado por desigualdades econômicas e sociais, devido ao processo de colonização do país. Nos primórdios do povoamento brasileiro, os colonizadores atraídos por produtos que movimentassem a economia, tais como a extração do Pau-Brasil e a comercialização da cana-de-açúcar, que mormente estavam localizados no Nordeste do país, traçaram rotas de ocupação e instituíram políticas de imigração, a fim de estimular o deslocamento de europeus para o Brasil. Todavia, com o declínio da comercialização de tais produtos e a posterior descoberta de minas de ouro, principalmente no estado de Minas Gerais, os interesses dos colonizadores foram condicionados à região Sudeste, favorecendo a industrialização do eixo entre São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. Deste modo, o Nordeste fora esquecido economicamente, moldando-se à população miserável, que na época descendia dos negros escravizados. Atualmente, a região Nordeste colhe os frutos da herança colonizadora. Problemas como a seca, fome, desemprego e o alto índice de analfabetos incidem sob a região. O presente trabalho exemplifica as condições de vida precárias em Novo Triunfo, no Nordeste baiano, considerado o município mais pobre do Brasil, segundo análise do IBGE em 2017.

Palavras-Chaves: Nordeste, Brasil, Desigualdade

Abstract

The Northeast Region of Brazil is a scenario marked by economic and social

[1] Universidade de Taubaté
[2] Universidade de Taubaté

inequalities due to the country's colonization process. In the early days of the Brazilian settlement, colonizers attracted by products that moved the economy, such as the extraction of the Pau-Brazil and the commercialization of sugar cane, which were mainly located in the northeast of the country, traced occupation routes and instituted policies in order to stimulate the movement of Europeans to Brazil. However, with the decline of the commercialization of such products and the subsequent discovery of gold mines, mainly in the state of Minas Gerais, the colonizers' interests were conditioned to the Southeast region, favoring the industrialization of the axis between São Paulo, Rio de Janeiro and Minas Gerais General. In this way, the Northeast had been economically forgotten, molding itself to the miserable population, which at the time descended from enslaved blacks. Currently, the Northeast region reaps the fruits of the colonizing heritage. Problems such as drought, hunger, unemployment and the high rate of illiteracy are under the region. This paper exemplifies the precarious living conditions in Novo Triunfo, in the Northeast of Bahia, considered the poorest municipality in Brazil, according to IBGE analysis in 2017.

Keywords: Northeast, Brazil, Inequality

1. Introdução

Há uma complexidade abarcada no conceito de pobreza, dada a série de fatores levados em consideração na sua construção ideológica. A estrutura sócio-política de determinada sociedade e o limite de renda voltado para suprir as necessidades básicas do ser humano, são os principais elementos que influenciam na análise do indivíduo desprovido de recursos. Deste modo, tornou-se possível estabelecer diferentes enfoques para a interpretação do tema, tais como: a pobreza como juízo de valor, a pobreza relativa e a pobreza absoluta.

Os proponentes da concepção de pobreza como juízo de valor, sustentam uma análise subjetiva acerca do indivíduo que vive na miséria, respaldados em pensamentos construídos nos valores pessoais. Nesse caso, não se observa a pobreza no viés da falta de recursos, mas sim, através da percepção que o próprio indivíduo possui sobre o seu estado precário e o de outrem. No que tange a pobreza relativa, é mensurada por meio da comparação econômica entre ricos e pobres, fenômeno proveniente da distribuição desigual de renda. Por fim, a pobreza absoluta fixa um parâmetro, conhecido como limite de pobreza, que delimita o padrão de vida mínimo para se viver com dignidade, computando a população que sobrevive abaixo do limite estabelecido.

Apesar de provenientes do mesmo cenário social, a concepção de pobreza e desigualdade são antagônicas, na medida em que uma pode aumentar em detrimento da outra. A desigualdade, por exemplo, poderia ser combatida por meio de tributos aos indivíduos mais ricos, sem necessariamente afetar o índice de pobreza no país.

As Nações Unidas estabeleceram a data de 17 de outubro, como o Dia Internacional para a Erradicação da Pobreza Mundial, que fora proclamada pela Assembleia Geral em 1992. Possuindo o propósito de união entre os povos para combater a pobreza em conjunto, a data dispõe o lema "Respondendo ao apelo para acabar com a pobreza: um caminho para sociedades pacíficas e inclusivas".

Tendo em vista a pobreza ser uma questão governamental, em 2015, a Cúpula das Nações Unidas adotou uma agenda pautada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), visando a implementação em todos os países do mundo. Composta por 17 objetivos a serem atingidos até o ano de 2030, detém como primeiro objetivo global, cessar a pobreza mundial.

2. O contexto histórico responsável pelo desequilíbrio de privilégios na região Nordeste do Brasil

A desigualdade regional existente no Norte e Nordeste brasileiro, possui fulcro na herança escravocrata oriunda da colonização. Em meados do século XVII, a distribuição geopolítica dos colonizadores e escravizados concentrou-se no Norte e Nordeste do país, devido a exploração do pau-brasil e o comércio de cana-de-açúcar serem a base da economia nacional. Após a descoberta de minas de ouro na região centro-sul do país, especialmente no estado de Minas Gerais, estimulou-se o deslocamento para esta região, além da chegada de imigrantes portugueses atraídos pela exploração do ouro. Posteriormente, devido ao declínio do comércio aurífero e com o ciclo do café em ascensão na região Sudeste, estimulou-se um desenvolvimento econômico principalmente nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro e foram propostas novas políticas de imigração europeia.

A partir de 1930, com o desenvolvimento industrial no país, a população residente na zona rural, desprovida de recursos financeiros, em especial nas regiões Norte e Nordeste, migrou para os grandes centros urbanos em busca de melhores condições de vida. Em 7 de dezembro de 1939, institui-se o Decreto-Lei nº 1.843, também conhecido como "Lei dos Dois Terços", no qual exigiu-se a contratação de dois terços ou mais de trabalhadores brasileiros integrando o rol de funcionários das indústrias. Todavia, apesar do fim do sistema escravista e início do trabalho assalariado, o escravo que antes era considerado uma

mercadoria, fora descartado dos meios de produção econômica, passando a viver excluído do mercado de trabalho assalariado.

Nesse contexto, devido a expansão de setores econômicos, houve a ocupação de imigrantes europeus que ocupavam o Brasil, estimulados pelas políticas de imigração de origem europeia. Tais políticas, até o ano de 1930, contribuíram para manter os grupos minoritários (negros e indígenas) segregados nas regiões economicamente menos desenvolvidas do país. Pode-se observar atualmente grande parte dos descendentes de imigrantes europeus ocupando o topo da pirâmide econômica e educacional no país, traduzindo outro reflexo das políticas de imigração no Brasil.

Historicamente, a posição econômica desigual entre descendentes de escravos negros e a população branca, desenvolveu-se na medida em que houve a concentração da classe considerada inferior nas regiões periféricas e portanto, menos desenvolvidas que os grandes centros urbanos. Posto que, devido a marca deixada pela escravidão, os negros que tentassem se deslocar para o Sudeste, não eram considerados indivíduos qualificados para fazer parte do núcleo social. Deste modo, a aglomerarem-se em guetos e favelas. Somente após o fim das políticas de estímulo a imigração europeia, que a inserção da população negra e mestiça na nova classe médica acentua-se.

A dinâmica do sistema escravista no Brasil, em que a mão de obra escravizada teve maior proporção na região Nordeste, atrelada as políticas de estímulo a imigração europeia, e outras políticas que beneficiavam preferencialmente os sujeitos pertencentes aos grupos dominantes, influenciaram categoricamente para a estratificação social no país após a abolição da escravatura.

3. Novo Triunfo (BA), a cidade mais pobre do país

Em 2016, 25,5% da população brasileira vivia às margens da pobreza, de acordo com o critério adotado pelo Banco Mundial, no qual considerou como indivíduo pobre, aquele que ganhava menos de US$ 5,5 por dia nos países em desenvolvimento. Tal valor, equivale a uma renda domiciliar per capita de R$ 387 por mês.

As pesquisas evidenciam a desigualdade existente entre as cidades brasileiras. Na ponta de baixo do ranking, encontra-se a cidade de Novo Triunfo, na Bahia, com PIB per capita de apenas R$ 3.369 (equivalente a pouco mais de 10% da média nacional). Novo Triunfo é um pequeno município baiano, fundado em 1989 e sua população em 2017 era de aproximadamente 16.037 habitantes. Foi considerado o que menos produziu riquezas no

país em 2017, com um IDH pior do que o de alguns países da África. O IBGE levou em consideração o critério adotado pelo Banco Mundial, que considera pobre quem ganha menos do que US$ 5,5 por dia nos países em desenvolvimento, esse valor equivale a uma renda domiciliar per capita de R$ 387 por mês.

O prefeito da cidade, João Batista de Santana relatou subjetivamente as situações que afetaram o seu próprio patrimônio. De acordo com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando foi eleito em 2012, declarou patrimônio de R$ 387 mil. No final do primeiro mandato, em 2016, quando concorreu de novo e ganhou, João registrou como bens apenas uma casa de R$ 200 mil. O prefeito também enfrenta problemas com o Tribunal de Contas dos Municípios (TCM): em 2015, as suas contas foram rejeitadas devido a irregularidades e ele fora condenado a devolver R$ 279.240,95. O TCM afirma que João gastou R$ 20.600,82, apesar de estar isento de efetuar o processo de pagamento, além de verbas federais de saúde e educação que foram gastas sem que houvesse documentação adequada para tais fins específicos.

Em 2015, a cidade foi avaliada como um local de baixo desenvolvimento pelo Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM). Tal indicador foi criado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro, voltado para avaliar a geração de emprego, renda, saúde e educação. De acordo com o IBGE, em pesquisa divulgada em dezembro de 2017, na cidade que possui 16 mil habitantes, os setores de administração, defesa, educação e saúde públicas e seguridade social participam com 65,7% do valor adicionado bruto total. Em 2015, o salário médio mensal de Novo Triunfo era de apenas 1,4 salários mínimos, e a porcentagem de pessoas ocupadas em relação à população daquele ano era de 4.2%. Na educação, o município não conseguiu atingir as metas do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb). Em 2015, a meta era 3,4, porém a média foi de 2,9. Já em 2017, a média era de 3,7, mas o resultado foi de 3,4.

Perante a necessidade de um olhar solidário para Novo Triunfo e na expectativa de que as autoridades se movam em prol da cidade, a emissora de televisão "Rede TV" visitou o local para gravar o programa "Documento Verdade", promovendo entrevistas com parte da população. Profissões como vendedores de frutas, diaristas e cuidadores de crianças são as principais fontes de renda na cidade, inclusive, há o recorrente trabalho de idosos acima de 70 anos, que com o insuficiente dinheiro da aposentadoria, não podem parar de trabalhar, visando o sustento da casa. Para os moradores do bairro Alto do Arnaldo, local afastado do centro de Novo triunfo, a situação complica-se ainda mais. Os valores das moradias populares são inferiores à 300 reais, com o aluguel aproximadamente a 100 reais e o solo não

possui asfalto. Segundo o Ministério de Desenvolvimento Social, 1958 famílias recebem o auxílio Bolsa Família em Novo Triunfo. A média do benefício na cidade é de R$ 213,17.

4. Metas Sociais Contra Miséria no Nordeste do Brasil

Devido a falta de políticas públicas eficazes que integrem o Nordeste do país, em 2017, O Tribunal de Contas da União (TCU) cumulou o resultado de inúmeras pesquisas feitas nas auditorias de desenvolvimento voltadas para o Nordeste. Tal relatório, denominado Fisc Nordeste, explicita o quanto a falta de metas tracejadas no PPA prejudica a desenvoltura dos estados nordestinos.

Traduz-se na visão dos problemas locais delimitados por um mapeamento. Uma das questões abordadas, fora que o Plano Plurianual (PPA) do governo federal não regionaliza os objetivos e metas para os programas de desenvolvimento. Como corolário, a desigualdade pode ser mantida, ainda que os números estabelecidos no PPA sejam alcançados. A falta de clareza nas metas regionais no PPA, dificulta a elaboração de estratégias nos governos locais; não impulsiona transparência no processo destinado aos recursos públicos federais; reforça os déficits institucionais, bem como as desigualdades.

Fora constatado que a população nordestina corresponde a 27% dos brasileiros, convertidos em cerca de 50% dos analfabetos no país. Visto isto, o TCU também identificou que 16% da população da Região Nordeste é analfabeta, sendo que a média nacional corresponde a 8% da população. No que tange os analfabetos funcionais (pessoas de 15 anos ou mais de idade que obtiveram menos de quatro anos de nível escolar), equipara-se a 27,1% da população nordestina.

Outro diagnóstico constatado no relatório, foi o assistencialismo, que se sobrepõe à existência de políticas públicas que suportem a geração de emprego e renda. Apesar disso, o Nordeste possui a maior dimensão de benefícios federais, sendo em torno de 30,6% em relação ao PIB da Região, quando a média das demais regiões é de 12,7%.

Além disso, a fome voltou a crescer no Brasil e ameaçar o Nordeste. Em 2014, o país deixou de integrar o Mapa da Fome da ONU, em virtude da adoção de programas sociais. Todavia, o IBGE constatou um aumento da extrema pobreza no país em cerca de 11% de 2016 para 2017 (de 13,3 para 14,8 milhões de pessoas). Fatores como o desemprego e corte nos programas Bolsa Família e de fornecimento de alimentos, poderão refletir no aumento do número de pessoas que passam fome no país.

No que tange as secas, percebe-se poucas ações para minimizá-las, essa questão ambiental, deriva do intenso desmatamento, que reduziu a vegetação em torno dos rios.

Deste modo, a região tornou-se árida, comportando poucas chuvas. Segundo o Jornal Diário de Pernambuco: "Dos 521 aquíferos da região, 214 estão abaixo de 30% da capacidade" no ano de 2018.

Há entidades que reúnem voluntário para ajudar na superação da miséria. De acordo com o Jornal da Band, em matéria exposta em julho de 2018, a ONG "Amigos do bem" atua no Nordeste, com mais de 9 mil voluntários, há 25 anos. A ONG foi fundada em 1993, quando um grupo de amigos de São Paulo visitou o Nordeste para distribuir presente de natal às crianças. O choque cultural foi tamanho, que no início do projeto, houve dificuldade de aceitação dos nordestinos para com a população de outros estados, devido ao isolamento no sertão. Na tentativa de quebrar o ciclo da miséria secular nordestina, o projeto tomou como base a educação, construindo escolas e centros de transformação para transformar a vida das crianças que ali residem.

O benefício do Bolsa Família é um programa de transferência de renda do Governo Federal para famílias desprovidas de condições financeiras suficientes para garantir as suas necessidades básicas. Instituído pelo Governo Lula, pela Medida Provisória 132, de 20 de outubro de 2003, foi uma das políticas mais eficazes no Brasil voltadas para o combate à pobreza. Segundo os estudos da economista Tereza Campello, o Bolsa Família contribuiu para a redução da mortalidade infantil por desnutrição e por problemas intestinais. Os beneficiários recebem o dinheiro do governo mensalmente, cumprindo compromissos referentes às áreas de saúde e educação.

O Ministério do Desenvolvimento Social, cortou o benefício do Bolsa Família de 392 famílias brasileiras devido o reajuste de 5,67% pelo presidente Michel Temer. De acordo com o MDS, o programa atingiu no mês de abril de 2017, 13.772,904 famílias, que receberam um valor médio de R$ 177,00. Já em agosto, o governo constatou a inclusão de novas famílias e afirmou ter zerado a fila de espera para o benefício. Em dezembro, foi anunciado novamente que tal fila estava zerada.

O intuito do MDS, é que as famílias beneficiárias do Bolsa Família consigam ter acesso ao benefício, sem que haja uma longa espera na fila. Ao zerar a fila do benefício, significa que todas as pessoas inscritas no Cadastro Único com perfil apto a participar do programa, estão sendo beneficiadas, com uma espécie de ingresso automático, na medida em que a gestão opera de modo a aperfeiçoar o seu efetivo cumprimento. O pagamento do benefício é dado conforme o calendário escalonado. Para que o beneficiário saiba o dia que deverá obter o pagamento, deverá conferir o número de identificação (NIS) que estará escrito no cartão do programa. Os recursos ficam disponíveis para saque no período de 3 meses e

para saber a data do pagamento, o beneficiário precisará acessar o endereço eletrônico do Bolsa Família.

Outro projeto do em prol do combate à pobreza extrema foi o chamado "Brasil sem Miséria", foi lançado em 2011, visando auxiliar as famílias que viviam com uma renda inferior a R$ 70,00 por pessoa. No ano de 2014, o reajuste do benefício médio mensal atingiu R$ 170,00. O plano constituiu pilares como: a garantia de renda; as boas condições de educação, saúde e cidadania das famílias; inclusão produtiva com o objetivo de aumentar as oportunidades de trabalho.

5. Conclusão

No presente trabalho, conclui-se a necessidade de planejamento estratégico para gestão racional dos recursos hídricos e melhor aproveitamento das verbas para contornar a seca existente no Nordeste. A população residente na região, está cada vez mais, sentindo os impactos negativos da ausência de políticas estruturais, fruto de uma herança colonial que permeia o solo nordestino e afasta as intervenções governamentais. Atualmente, as ações de entidades voluntárias possuem maior eficácia no combate à miséria, em detrimento do financiamento das políticas públicas de combate à pobreza. De acordo com pesquisa feita pelo IBGE em 2017, o município nordestino de Novo Triunfo, foi considerado o local mais pobre do país. Diante do cenário atual do mundo globalizado, as condições precárias em que se submetem a população no Nordeste são inaceitáveis. Diariamente são enfrentados desafios, implicando que o governo obtenha um olhar compassivo para a região e institua políticas públicas, visando o seu desenvolvimento. O clamor da população implica por tamanha ajuda, que a presença de ONG'S construídas por voluntários está crescendo na região. Contudo, é preciso constituir um olhar tolerante para o Nordeste, de forma a priorizar o seu desenvolvimento, a fim de que este se equipare os demais estados do Brasil.

6. Referências

ODS:<https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/> Acesso em: 09 de outubro de 2018.
DiaMundialPobreza:<https:/news.un.org/pt/story/2017/10/1597231-em-dia-internacional-para-erradicacao-da-pobreza-onu-pede-solidariedade> Acesso em: 09 de outubro de 2018.
Revista da ABPN, Jurandir de Almeida Araújo, v. 10, n. 24 • nov.2017 – fev. 2018, p.409-425. Pobreza e desigualdade social e educacional no Brasil: uma questão social de classes ou uma questão racial de abrangência nacional com algumas particularidades regionais

Mapa do Fim da Fome – CPS/FGV. Metas Sociais Contra Miséria nos Municípios Baianos, 2001.
O banco mundial e o combate à pobreza no nordeste: Paraíba, Flávio Lúcio Rodrigues Vieira. Políticas Públicas e Trabalho: textos para estudo dirigido. Organizadores Claudio Salvadori Dedecca, Marcelo Weishaupt Proni. Campinas, SP: Unicamp. IE. 2006
Documento Verdade, Rede TV: <https://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/documentoverdade/videos/ultimos-programas/conheca-a-realidade-de-novo-triunfo-ba-a-cidade-mais-pobre-do-brasil> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<http://atarde.uol.com.br/economia/noticias/1921368-municipio-mais-pobre-do-brasil-fica-na-bahia-aponta-pesquisa-do-ibge> Acesso em: 07 de outubro de 2018
<https://www.bahianoticias.com.br/municipios/noticia/11706-novo-triunfo-e-cidade-mais-pobre-do-pais-diz-pesquisa-do-ibge.html> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<https://oglobo.globo.com/economia/saiba-qual-cidade-brasileira-tem-maior-pib-per-capita-22189067> Acesso em: 02 de outubro de 2018
<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18825-um-quarto-da-populacao-vive-com-menos-de-r-387-por-mes> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<https://www.opovo.com.br/jornal/economia/2017/12/tcu-notifica-governo-por-falta-de-politicas-publicas-mais-efetivas.html> Acesso em: 28 de setembro de 2018
<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/desigualdades-devem-persistir-na-regiao-nordeste.htm> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&id=726&Itemid=376> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opiniao/a-seca-e-a-politica-1.1642719> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<http://www.fundaj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8605%3Aong-atua-contra-a-miseria-no-nordeste-ha-25-anos&catid=171%3Aeducacao-contextualizada&Itemid=1331> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2579:catid=28&Itemid=23> Acesso em: 28 de setembro de 2018
<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx> Acesso em: 28 de setembro de 2018
GOT, Revista Geográfica e ordenamento do território. Versão Online – ISSN 2182-1267. < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-12672015000200003> Acesso em: 28 de setembro de 2018
<https://www.cartacapital.com.br/politica/ja-pobre-nordeste-vive-201cdesastre-ocupacional201d-e-avanco-da-miseria> Acesso em: 09 de outubro de 2018.
<http://www.eumed.net/rev/cccss/2017/01/pobreza.html> Acesso em: 10 de outubro de 2018.
Artigo: Secas e Políticas públicas no Semi Árido: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142014000300005> Acesso em: 10 de outubro de 2018.
Artigo: Secas, pobreza e politicas publicas no nordeste do Brasil, Rento Duarte.
<http://www.msnoticias.com.br/editorias/geral-ms-noticias/50-milhoes-de-brasileiros-vivem-na-miseria-nordeste-e-lider-em-raking/76508/> Acesso em: 25 de setembro de 2018
<https://jconline.ne10.uol.com.br/canal/economia/nacional/noticia/2018/10/11/pobreza-no-nordeste-e-grande-desafio-para-candidatos-a-presidencia-358050.php> Acesso em: 27 de setembro de 2018
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-

populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza> Acesso em: 27 de setembro de 2018
<https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas> Acesso em: 29 de setembro de 2018
<http://fsindical.org.br/imprensa/pobreza-extrema-no-nordeste-cresce-mais-no-interior> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<https://news.un.org/pt/tags/dia-internacional-para-erradicacao-da-pobreza> Acesso em: 09 de outubro de 2018
<https://news.un.org/pt/story/2017/10/1597291-banco-mundial-diz-que-acesso-educacao-melhora-oportunidades-de-cidadaos> Acesso em: 13 de outubro de 2018

Crítica da hermenêutica de Lenio Streck: reforço teórico ao estado democrático de direito

Danilo Marques Borges[1]

Aricio Vieira da Silva[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. Crítica hermenêutica de Lenio Streck, 2.1. Interpretação, 2.2. Verdade, 2.3. Decidir conforme a consciência, 2.4. Panpriciologismo, 3. Conclusão, Referências

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho constitui o resultado de pesquisa de revisão bibliográfica sobre o assunto crítica hermenêutica do jurista Lenio Streck, grande área hermenêutica jurídica. Foi concebido em dois tópicos centrais (2 e 3), decorrendo do primeiro destes subtópicos com assuntos correlatos ao tema principal (subtópicos 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4).

O presente *paper* teve com base trabalhos específicos sobre cada uma das matérias examinadas, principalmente artigos com tratamento vertical a cada assunto.

A finalidade, a resposta ao problema da pesquisa: a crítica de Streck poderia ser considerada um reforço teórico ao estado democrático de direito? A hipótese é a resposta afirmativa, que foi confirmada, pelas razões lá devidamente enunciadas.

2. CRÍTICA HERMENÊUTICA DE LENIO STRECK

[1] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC de Goiás (2010). Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), Professor Adjunto I da Universidade de Rio Verde Goiás (UniRV), e Advogado.

[2] Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC de Goiás (2010). Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), servidor efetivo do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Goiano, Campus Rio Verde Goiás e Professor Adjunto I da Universidade de Rio Verde Goiás (UniRV), e Advogado.

Lenio Luiz Streck é um jurista brasileiro, mestre e doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, professor de inúmeras faculdades no Brasil e exterior, autor de livros e artigos jurídicos[3].

Dentre suas importantes contribuições para a doutrina brasileira, ganha destaque sua crítica hermenêutica. Segundo afirma, uma hermenêutica com base filosófica, amplamente diversa da hermenêutica tradicional.

De fato, a hermenêutica tradicional é concebida como uma "teoria científica da arte de interpretar", que viabiliza as bases teóricas necessárias à análise e à sistematização os meios de determinação do sentido e alcance das palavras, no específico contexto da ciência jurídica, como ressalta a clássica obra de Carlos Maximiliano[4].

Só que isto se dá através de regras e princípios sistematizados a partir da experiência jurídica desde os romanos, o que tem grande valia até os dias atuais, perceba-se o habitual uso de brocardos em latim em peças jurídicas no Foro, como reforço argumentativo de um raciocínio cristalizado na sentença invocada, v.g, *pacta sunt servanda.*

Passa-se ao também habitual estudo de processos de interpretação, espécies, sistemas, regras e formas de integração da lei, já ensinados ao primeiranista da faculdade de direito, a partir de um clássico, por exemplo, de Limongi França, que segue a tradicional hermenêutica[5]. Como se fosse o que de mais desenvolvido houvesse na contemporaneidade na matéria.

Após o recurso aos princípios gerais de direito, ainda hoje considerados mecanismos de hetero-integração da lei, segundo clássicos manuais de propedêutica jurídica[6] ou mesmos os mais modernos[7] utilizados em universidades afora no país, salvo exceções[8], chega-se, aparentemente, à consolidação do estudo da hermenêutica.

Sem um triz de abordagem dos notórios avanços da filosofia dos séculos XVIII e XIX, como se as instituições jurídicas fossem naturalmente explicáveis por elas mesmas, o que já foi refutado por Marx há mais de dois séculos[9].

Daí, quem sabe, um indício de limitação do próprio Direito nos dias atuais, afinal, "cada ciência aceita sua limitação e faz dela seu método positivo"[10]. Se o direito se auto-

[3] Fonte: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4723127H7. Acesso em 02/02/18.
[4] MAXIMILIANO, Carlos. Hemernêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 02.
[5] FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva, 1988, *passim.*
[6] MONTORO, Franco. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419/425.
[7] GARCIA, Gustavo Filipe. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito didática e diferenciada.
[8] DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 165/183.
[9] MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. Trad: Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Popular, 2008, p. 47.
[10] ORTEGA Y GASSET, José. Que é filososfia? Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1984, p. 43.

imuniza aos influxos de outros saberes, máxime da filosofia, suas instituições padecem desse déficit de referencial, fechando as portas às indubitáveis ricas contribuições da filosofia, que se propõe ao longo da história da humanidade a explicar as grandes questões existenciais.

Por conseguinte, as formas de ensinar, aprender, aplicar, criar e conceber o direito por igual ficam divorciadas da filosofia, erigindo-se uma espécie de edifício hermenêutico soberanamente isolado.

E é justamente sobre tal ponto que o jurista Lenio Streck se propõe a buscar elementos para a uma mudança paradigmática da filosofia, inicialmente com base na obra de Gadamer, que se faz com lastro na linguagem e na "tradição" enquanto meio perene de produção dos saberes, consolidados ao longo do tempo, e não por saltos.

Mas não só. Tem-se, também, a busca de valor aos pré-conceitos que cada pessoa carrega a partir de suas vivências particulares, mas que no plano hermenêutico proposto passa a ser condicionado pela objetividade também necessária à compreensão daquilo que se está interpretando. Cuida-se da categoria filosófica do denominado "círculo hermenêutico"[11].

Noutras palavras, cada pessoa interpreta com base em sua experiência de mundo, de suas experimentações pessoais e intersubjetivas, que são as condicionantes de seu caráter, de sua personalidade e de seus pré-conceitos.

Com isso, porém, não se sustenta que o intérprete possa empreender o processo interpretativo de maneira liberta de quaisquer parâmetros, como se não houvesse uma tradição, um conhecimento preliminar sedimentado aos poucos ao longo do tempo sobre o objeto interpretando, máxime das ciências.

Refutando-se ao intérprete a possibilidade de, pela vontade própria, assujeitar as coisas, dando-lhe a significação que bem entender, o que condiz com o denominado "paradigma da intersubjetividade", que suplanta o "paradigma sujeito-objeto".

Ainda de acordo com Gadamer, a questão hermenêutica se coloca como uma forma de superação do método como instrumento de alcance de uma verdade do objeto da interpretação. No caso de ciência jurídica, a lei como ápice de uma verdade sobre seu objeto de regulamentação, subtraindo do intérprete qualquer contributo ao alcance do significado daquilo que se interpreta.

[11] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz. O que é isto – a hermenêutica jurídica? Artigo na Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Conjur, 29/08/15. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica. Acesso em 05/02/18.

Diferentemente, tem-se a influência dos pré-conceitos do intérprete, ou seja, seus juízos próprios sobre o que se vai interpretar. Não fica neutralizado ao ato de interpretar, como diz o adágio latino "in claris cessat interpretatio", mas dele faz essencial parte.

Já a ideia de tradição tem a ver com o conceito de mundo de vida, substancialmente histórico, "que não tem em mente a um universo do ser", a 'um mundo que é'", mas sim o que "estamos vivendo como seres históricos"[12].

Mas com isso não se sustenta que pré-compreensão seja o mesmo que subjetivismo no interpretar, temática de ampla correlação com o assunto discricionariedade judicial, a ser abordado adiante. Condiz, isto sim, apenas com a ideia de antecipação de sentidos[13].

E a formação dessa compreensão de mundo decorre da coletividade, não é o produto de uma elevada mente, por exemplo, a do legislador. E tal concepção reforça a ideia de subjetividade, do papel que o intérprete tem nessa dialética relação com seu objeto de observação, de ida e vinda – de "círculo".

Só que o entendimento deste círculo de compreensão se dá através da linguagem, que é condição de possibilidade do mundo, a todo tempo se interpreta, até nas coisas mais comezinhas do cotidiano.

Através dela é possível ao homem ter sua representação das coisas, refletir dialeticamente sobre suas significações e compreender o mundo na medida do possível[14]. Desta feita, "o que ultrapassa os limites da possível comunicação é indizível"[15]. Todo o mundo está na linguagem, que é seu meio necessário de intermediação.

Neste ponto, oportuna a referência à concepção complexa questão do *ser*, de Heiddeger, que "está compreendido dentro do horizonte do tempo, o tempo é a verdade do ser"[16], sendo ente também o ser, no caso dos humanos:

> O ente, por sua vez, é tudo o que é (pedras, humano, etc.), mas no caso do sentido do ser, este ente é o próprio que pensa – quem pensa – denominado então como ser-aí. É ele que é interrogado antes de tudo. Isto se dá porque o humano como ente, já-está em relação com o ser, mesmo sem uma compreensão de si

[12] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 375/376.
[13] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. Reviravolta linguístico-pragmática e esboços de uma nova hermenêutica jurídica. Revista de argumentação jurídica, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, Jul/Dez. 2015.
[14] SILVA, Sérgio André. R. G. A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 64/2005, p. 276-296, Set-Out/2005.
[15] STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: um a controvérsia sobre o método em filosofia. In HABERMAS, J. Dialética e hermenêutica : para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 30.
[16] ROSA, Alexandre Morais da. Tese de doutorado Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004, p. 191. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07/02/18.

> próprio, dado que já-está lançado no mundo. A compreensão do ser mescla-se com a compreensão do ser-aí, ou seja, o sentido do ser a partir da compreensão do ser do ente. Não há uma 'metalinguagem' para a compreensão do ser, mas um imbricamento do ser com o ente, que para compreender precisa ser-aí na sua singularidade. Por esse motivo Heidegger afirma que a essência do ser-aí reside na sua existência, devendo-se esclarecer que essa análise existenciária não se confunde com as escolhas pessoais (existenciais ou ônticas da vida concreta). E essa estrutura essencial, cabe salientar, mostra-se nos diferentes modos de ser-aí, dado que irá condicionar toda a possibilidade de investigação ontológica[17].

A concepção do "ser aí" (*dasein*), por sua vez, viabiliza uma nova chave de leitura sobre a ontologia (buscar a verdade sobre a coisa), que passa do foco da coisa para o da compreensão (compreensão sobre a dialética suscitada- sujeito x objeto).

O "fenômeno que toma frente nesta curta exposição é a compreensão. A partir de Heidegger a hermenêutica terá raízes existenciais porque se dirige para compreensão do ser-dos-entes"[18], ou seja, "a interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do ser-dos-entes. Dito de outro modo, originariamente o 'Ser-aí' compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação"[19].

Finalmente, a conjugação desses elementos ser e ente permite alcançar a ideia de presença, que é um "ente que, na compreensão de seu ser, como ele se relaciona e comporta", isto a significar que "a presença é o ente que sempre eu mesmo sou"[20].

E se o homem é ser, mas também é ente, que se constitui numa ambivalente presença, que se perfaz nas suas múltiplas relações com o mundo, inclusive na ação de interpretar, inviável dissociá-los um do outro, com uma suposta compreensão hermética "da" interpretação, mas sim "de uma" interpretação.

Por isso é que se diz que o ser é "conceito operativo"[21], na medida em que "sempre que lidamos com algo ou pensamos sobre algo, já aconteceu o ser"[22]. E tal ser "sempre acontece num *'horizonte de sentido'*, que jamais chegará a integralizar-se e que não pode ser

---

[17] *Ibidem*, p. 191/192.
[18] ABBOUD, George; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166/2008, p.27-70, Dez/2008.
[19] *Ibidem.*
[20] HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. Trad: Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2005, p. 90.
[21] STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. Artigo na Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Conjur, 26/12/15. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter. Acesso em 04/02/18.
[22] *Ibidem.*

alcançado em sua plenitude". Portanto, "o ser não representa uma simples *'realidade'*, mas sempre está ligado a uma determinada '*possibilidade*"[23].

Em suma, é a partir sobretudo destes principais referenciais filosóficos – Gadamer e Heidegger – que Lenio Streck assenta os fundamentos a sua crítica à hermenêutica jurídica tradicional, a partir de uma hermenêutica filosófica.

Mas para conhecer o teor dessas críticas, necessário se faz abordá-las no âmbito de cada um dos tópicos destacados, que perfazem os assuntos interpretação, verdade, decidir conforme a consciência e panpriciologismo, que animam os subtópicos seguintes.

2.1. Interpretação

Para fundamentar a crítica a respeito da interpretação, Lenio Streck retrocede até 388 a.c para busca no Diálogo platônico Crátilo ou Sobre a Correção dos Nomes a primeira abordagem filosófica sobre a relação entre linguagem e filosofia[24].

Basicamente, cuida-se de uma conversa entre os personagens Crátilo e Hermógenes, que procuram apresentar seus pontos de vista sobre o problema da linguagem.

O primeiro afirma que existe uma maneira correta, ideal de se atribuir nomes às coisas, que expressa a verdade, a partir de uma natureza intrinsecamente imutável a elas, passível de ser revelada por seu nome.

Por outro lado, Hermógenes declara que as coisas têm seus nomes atribuídos de acordo com uma convenção social. Refuta, por conseguinte, a possibilidade da natureza intrínseca aludida por Crátilo e da possibilidade de alcançar-se a verdade daquela coisa.

Crátilo é representante do movimento filosófico anterior a Sócrates, defendendo que as coisas possuem uma "essência", que perfaz o campo da filosofia denominado ontologia. A verdade está nas coisas. A linguagem seria apenas o instrumento para alcançar a verdade, que está nas coisas.

Hermógenes deixa clara a ideia de que entre coisas e a verdade não há qualquer relação, sendo possível sua manipulação à medida da capacidade persuasiva. A semelhança, aqui, é evidente com os sofistas, tal qual Protágoras, para quem o homem é a medida de todas as coisas.

---

[23] *Ibidem*.

[24] STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 11/14.

Ou seja, contendem as personagens sobre o papel da linguagem: verdade (Crátilo) ou método (Hermógenes)?

Ao fim, Platão oferece seu ponto de vista, sustentado que o nome das coisas constitui o produto de um trabalho de inteligência do "dador de nomes", quem tem acesso ao mundo ideal e nele colhe a adequada forma de representar a coisa.

A posição de Crátilo constitui o cerne da metafísica clássica, que é um ramo da filosofia que procura investigar as coisas, a partir da fundamental pergunta "o que é", mas também busca perquirir qual a essência destas coisas. Teve grande destaque até o século XX, embora no sentido clássico referido, até o século XVIII[25].

Amoldando-a às perspectivas filosóficas de Crátilo, implica o total afastamento do intérprete, cuja atividade intelectual no ato de interpretar deve ser restringir a unicamente, captar a essência da coisa, que já está em sua intrínseca essencial, que é dada, inarredavelmente imutável. Neste cenário, tem-se o paradigma da objetividade, o sujeito não existe.

Já com o advento da formulação Descartiana de "penso, logo existo", o foco principal de atenção passou das coisas para a consciência, que é a característica marcante da modernidade, do citado esquema sujeito-objeto:

> Já o sujeito — da relação sujeito-objeto — é uma invenção moderna. A partir de Descartes, tem-se que os sentidos, se antes estavam nas coisas (porque estas tinham uma essência), agora passam a estar na consciência. Vale dizer, a filosofia cartesiana transfere *a substância* aristotélica que se colocava na natureza e naquilo que, diante da constante modificação, permanece inalterado, para a certeza de si do pensamento pensante (*cogito*). Todas as afirmações e dogmas da tradição foram colocados em dúvida pelo cartesianismo, até que essa dúvida encontrou qualquer coisa que já não podia ser posta em dúvida: enquanto se duvida, não se pode duvidar que aquele que duvida ele próprio existe e que tem que existir para que possa duvidar. Na medida em que duvido, portanto, eu *sou*. O *eu* é aquilo que não pode ser colocado em dúvida. Desse modo, antes da teoria acerca do mundo (esse sim, objeto da dúvida), deve colocar-se a teoria acerca do sujeito. Daqui em diante a *teoria do conhecimento* é o fundamento da filosofia, o que a torna moderna, distinguindo-a da medieval[26].

Segundo este ponto, prevalece a perspectiva filosófica que confere ao intérprete, ser pensante que é, a capacidade de buscar mediante seu labor intelectual a fixação do sentido e

[25] CHAUÍ, Mariena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000. p. 263.

[26] STRECK, Lenio Luiz. O "decido conforme minha consciência" dá segurança a alguém? Coluna Senso Incomum, Revista Eletrônica Conjur, 15/05/14. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem. Acesso em 12/02/18.

do alcance do objeto interpretando, por exemplo, uma norma jurídica vazada num texto de lei.

Eis, em linhas gerais, as bases desse movimento, denominado filosofia da consciência, ultrapassou o esquema da objetividade da metafísica clássica, passando ao esquema da subjetividade. O sujeito existe.

O conhecimento dessas informações, ainda que evidentemente teóricas e de dificultosa compreensão, é importante porque a partir delas é que, basicamente, se erigiu a atividade de interpretar ao longo da história da filosofia[27].

E mais: tais modelos de objetivismo-subjetivismo constituíram as condicionantes dos três modelos de positivismo criados a partir do século XIX, do positivismo jurídico, de toda a sistematização doutrinária feita na ciência jurídica sobre esse tocante a partir de então e, por conseguinte, a forma de aplicação do direito nos casos concretos submetidos à análise do Poder Judiciário.

Com o pequeno (*rectius*: enorme) detalhe, porém, de que tais vertentes filosóficas e todas suas vastas repercussões no campo da experiência jurídica, não receberam os influxos da filosofia da linguagem, máxime de Gadamer e de Heidegger, que são contemporâneos àquele marco temporal.

Com estes autores deu-se a denominada viragem hermenêutica-ontológica, que implicou fundamentos por que houve a possibilidade de iniciar- se um processo de superação do fenômeno interpretativo, dos paradigmas metafísico-objetivista e filosofia da consciência-subjetiva. Por conseguinte, viabilizando um novo panorama à hermenêutica jurídica[28].

A partir de então, exsurge uma "guinada pós-metafísica"[29] em que o sentido passa a se dar "pela e na linguagem"[30], em detrimento a sua clássica compreensão como "uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto"[31] (filosofia da consciência) e ao ideal a compreensão de que "os sentidos estavam nas coisas" (metafísica clássica).

2.2. Verdade

[27] STRECK, Lenio Luiz; LEITE, George Salomão. Interpretação, retórica e linguagem. Salvador: Juspodivm, 2018, p 13.
[28] STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, n. 01, p. 158-173, jan-abr 2010. Disponível em https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623. Acesso em 10/02/18.
[29] STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo. Porque a hermenêutica é 'applicatio'? Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 24, n. 02, 2014, p. 275-298. Disponível em http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188. Acesso em 10/02/18.
[30] *Ibidem.*
[31] *Ibidem.*

Um das interessantes repercussões dessa viragem do pensamento, rumo à filosofia da linguagem, é o debate sobre a verdade no direito processual brasileiro, duramente criticado por Streck.

Segundo a filosofia, existem cinco principais concepções de verdade, como: correspondência, revelação, conformidade com a regra, coerência e utilidade[32]. O primeiro é o de interesse para este estudo, na medida em que correspondente com a coisa como ela efetivamente é, que remonta a Platão.

Segundo a doutrina dos manuais, a verdade real é um dos princípios do processo, seja no processo civil, seja no processo penal. A propósito, os artigos 378 do Código de Processo Civil e 184 do Código de Processo Penal, expressamente alusivos, de formas diversas mas substancialmente idênticas, ao objetivo do alcance da verdade.

No ponto, anote-se a diferenciação doutrinária entre verdade formal e verdade real é de todos sabida. A primeira, a regra do processo civil, ao passo que a segunda regra do processo penal.

A verdade formal é a verdade estabelecida nos autos do processo, não necessariamente condizente com os fatos tais como se deram. A verdade real é aquela estabelecida nos autos e que correspondente aos fatos como efetivamente se deram[33].

O campo de aplicação é principalmente debatido no âmbito do processo penal, sobretudo em decorrência dos bens jurídicos em jogo. Salvo exceções[34], a doutrina dos manuais indica ser o processo um instrumento apto a alcançar a reconstrução histórica dos fatos exatamente como se deram, que será, por fim, apreendida pelo estado-juiz que a enunciará na sentença[35].

E tal perspectiva da doutrina é de larga aplicação no Poder Judiciário, por exemplo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA QUE NÃO A PERÍCIA. POSSIBILIDADE. NÃO REALIZAÇÃO DO LAUDO JUSTIFICADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Em se tratando da configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, o exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de

32 ABBAGNO, Nicola. Dicionário de filosofia. Trad: Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 994.
33 GRINOVER, Ada Pellegrini Et. Alli. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 70.
34 DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, versão kindle, item 11.3.4.
35 AVENA, Norberto. Processo Penal. São Paulo: Metodo, 2015, versão kindle, item 13.1.

> obstáculo no crime de furto, sendo lícito, na busca pela verdade real, e considerando o sopesamento das circunstâncias do caso concreto, a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental, desde que devidamente justificada a impossibilidade de realização do laudo pericial. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido[36]

Ou seja, existe uma verdade real, inerente à natureza de coisas (fatos ocorridos), o que se aproxima ao raciocínio do paradigma da objetividade, da metafísica clássica. O processo permite alcançar os fatos tal como ocorreram, por exigência do referido princípio.

Além disso, a verdade pode ser desvelada pelo juiz (sujeito), quem, mediante sua inteligência, consegue alcançá-la (objeto) através de uma reconstrução histórica dos fatos, que indicará os fatos da forma como foram efetivados. Patente o esquema sujeito-objeto, da subjetividade inerente à filosofia da consciência Descartiana.

Ocorre que tais construções teóricas sobre a verdade remontam, na processualística, ao estudos clássicos de Carnelutti[37]. Mas este mesmo autor, na fase de maturidade do seu pensamento, elaborou o imperdível trabalho Verdade, Dúvida e Certeza, no qual basicamente refuta toda sua teoria acerca das verdades processuais em detrimento de uma ideia de certeza: "não ocorre a dedução pura e simples da verdade a partir das premissas silogísticas constituídas pelas provas, mas tão somente a busca de argumentos que amparem uma decisão já tomada"[38].

Mas há uma razão hermenêutico-filosófica para amparar tal entendimento. É que se a linguagem é a condição de possibilidade do mundo e a verdade está no todo, inviável se faz ao intérprete (sujeito) alcançar a verdade (objeto).

No máximo, seria possível alcançar parcelas de uma realidade que jamais satisfazem a verdade: "Com efeito, a *verdade* está no *todo*, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das *partes* que o compõem[39].

E esta impossibilidade também se dá porque a expressão, a narrativa sobre algo que se passou se dá pela intermediação da linguagem, em seus múltiplos aspectos- falada, escrita, etc. E por mais diligentes, mais precisas em seus relatos que fossem as testemunhas de um

---

[36] STJ. AgRg no REsp 1732484/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, quinta turma, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800735670&dt_publicacao=31/08/2018. Acesso em 07/10/18.

[37] NUNES, Leandro Gornicki. A verdade em Carnelutti e os caminhos do processo penal brasileiro. Disponível em http://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2013/01/A-Verdade-em-Carnelutti-e-os-Novos-Caminhos-do-Processo-Penal-Brasileiro.pdf. Acesso em 06/02/18.

[38] COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 537.

[39] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza. Artigo publicado na revista eletrônica Empório do Direito, 19/03/2015. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/glosas-ao. Acesso em 09/02/18.

fato criminoso, por exemplo, elas jamais conseguiriam "na" e "pela" linguagem elucidar o todo de um fato:

> A questão é que o discurso da verdade real traz consigo o rompimento das barreiras e limitações legais em nome do resultado. Por mais que tenhamos acesso, por exemplo, a uma prova posteriormente declarada ilícita, o conteúdo dela se faz presente no processo cognitivo, gerando o que se denomina de "dissonância cognitiva". Em um processo crime em que a prova da materialidade seja subtraída, por ilícita, o regime de verdade opera em outro nível. O que pretendo, nesse desvio, é demonstrar que se julga para além da dúvida razoável, tendo o processo como procedimento em contraditório como limite democrático. Superar o discurso da verdade real significa ultrapassar os limites metafísicos do modo de pensar, embora a maioria dos jogadores, no aspecto filosófico, esteja pelo menos um século atrasado: pensam em descobertas de verdades e não em construções de verdades na linguagem. Precisamos, então, saber modular os discursos porque superar o mantra da verdade real é somente para quem conseguiu compreender o giro linguístico operado na Filosofia[40].

É por isso que Lenio Streck propõe a superação da verdade real a partir dos critérios estudados da filosofia da linguagem, que é a pedra de toque da nova hermenêutica. Superando-se o esquema de objetividade (metafísica clássica) e subjetividade (filosofia da consciência), para o primado da intersubjetividade[41].

Para a concretização disso, isto é, a efetiva aplicação na análise dos casos submetidos à análise do judiciário, necessário se faz a abordagem do decisionismo. Assunto a ser abordado no tópico seguinte, que versa sobre o decidir conforme minha consciência.

2.3. Decidir conforme a consciência

Outro corifeu da processualística é o sistema de apreciação das provas, da decisão conforme a consciência[42], Previsto de maneira expressa nos artigos 155 do Código de Processo Penal e 371 do Código de Processo Civil.

[40] ROSA, Alexandre Morais da. Para você que acredita em verdade real, um abraço. Artigo da Coluna Limite Penal, revista eletrônica Conjur, 16/02/18. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco. Acesso em 10/02/2018.
[41] STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Artigo publicado na revista eletrônica Conjur, 28/11/13. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real. Acesso em 10/02/18.
[42] GONÇALVES, Marcus Vinícius Reis. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2017, versão kindle, item 3.4.

Estabelece a liberdade do julgador examinar as provas de acordo com sua "consciência", devendo devidamente externar as razões fáticas e jurídicas conducentes à conclusão exposta na sentença, por força do preceito previsto no art. 93, IX da Lei Maior.

Ocorre que, intuitivamente, a proposta de decisão conforme a consciência confere uma enorme margem de avaliação aos juízes (sujeito) na análise das circunstâncias fáticas postas nos autos (objeto). Mais uma vez, uma clara referência ao paradigma da subjetividade da filosofia da consciência.

A questão não mereceria, talvez, grandes discussões na doutrina senão fosse a utilização do princípio em questão de forma desmedida, para não dizer abusiva Brasil afora.

Ocorre que há reporte de muitos julgamentos do Poder Judiciário em que a possibilidade do livre convencimento motivado se traduz em decisões, por exemplo, contra texto expresso de lei, pois assim é da consciência do julgador. Isso também se denomina solipsismo.

Por isso é que, não surpreendentemente, Lenio Streck constitui um dos autores que vai contra tal prática, sobretudo nos específicos tocantes decisionismo e ativismo judiciais, práticas que cada vez mais ganha espaço no judiciário brasileiro:

Segundo Streck, seria exemplo do decisionismo a prática de autoridades judiciais de refutarem a aplicação da lei e a sistematização da doutrina a respeito da matéria sob exame, em prevalência ao decidir conforme a consciência.

Nesse sentido, famoso trecho de voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, lamentavelmente renegando a "tradição" (Gadamer) proveniente da doutrina:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim,

> certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja[43].

Outro exemplo das práticas em testilha, máxime do ativismo judicial, segundo Streck, decorre do emblemático julgamento conjunto da ADPF 132-RJ e da ADI 4.227-DF pelo Supremo Tribunal Federal:

> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva[44].

No referido julgado, o STF deu interpretação conforme à constituição ao art. 1.723 do Código Civil (com redação semelhante ao art. 226, §3º da Lei Maior), para excluir qualquer interpretação no sentido de que a união estável constitua um vínculo apenas entre homem e mulher. Contemplando, portanto, uniões entre pessoas do mesmo sexual.

De acordo com Streck, apesar do valor social do *decisum*, dúvidas não há de a Suprema Corte alterou a Constituição Federal mediante uma decisão e sem considerar os limites normativos do texto, que expressamente refere a "união... entre o homem e a mulher"[45].

---

[43] STJ, AgRg nos EREsp 319.997/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2002, DJ 07/04/2003, p. 216.

[44] STF, ADPF 132, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198, divulg. 13/10/2011, publicação em 14/10/2011, ementa volume -02607-01 PP-00001.

[45] STRECK, Lenio Luiz. Et Alli. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(2):75-83, julho-dezembro 2009. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401. Acesso em 07/02/18.

Além disso, renega que tais dispositivos constituem o produto de uma constituinte e de um procedimento de aprovação de lei ordinária, ir de encontro já fere de morte o princípio democrático. Esta, uma central consideração a respeito deste estudo.

Não bastasse, tal prática também enfraquece o direito, sua autonomia, sua "tradição" (para usar uma expressão de Gadamer), resultando de vagarosa evolução de experiência jurídica, tornando-o indevidamente alguma outra coisa, tal como a moral:

> Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito não é filosofia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (mesmo que seja o STF)[46].

Nessa ordem de ideias é que Lenio sustenta o direito de todo e qualquer cidadão a uma resposta constitucionalmente adequada do Poder Judiciário[47].

Para alcançá-las, porém, imperioso se faz a análise de um derradeiro assunto, a questão do pan-priciologismo.

2.4. Panpriciologismo

Esta última temática, denominada por Streck como panpriciologismo, condiz com a criação e a utilização de princípios, sem fundamento a respeito.

De partida, observa Streck que os princípios são regras jurídicas e, assim, têm caráter deontológico, ou seja, prescrevem uma conduta, não constituem uma sugestão, uma advertência sem consequências.

Novamente, a questão não teria grandes problemas se a "tradição" doutrinária e, bem assim, a força normativa da constituição fossem observadas pelos intérpretes da constituição.

Isso porque a aplicação do direito exige, antes de mais nada, coerência e integridade, exatamente como consta do art. 926 do Código de Processo Civil: "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

O ponto de vista, por outro lado, atende à teoria de Dworkin:

> Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos;

[46] STRECK, Lenio Luiz. O ativismo, o justo e o legal: crítica ao panpriciologismo a partir do caso das "famílias paralelas"". Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 1/2014, p. 151-160, Out-Dez/ 2014.
[47] STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018, Versão kindle, item 3.7.1.

> mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade[48].

Lembrando, por oportuno, que a teoria de Dworkin vai de encontro à concepção de Alexy, sobre aplicação dos princípios através da técnico de sopesamento. Diuturnamente aplicada nos tribunais brasileiros a partir de uma ideia, quem sabe verdade sociológica já, de que sopesar princípios é a mesma coisa que refletir à luz do caso concreto e decidir qual deles deve prevalecer na espécie, mas sem eliminação de um ou outro – máxima eficácia.

Streck elucida, porém, que nas situações-limite (colisão de preceitos fundamentais), Alexy afirma que o sopesamento deve ser feito a partir de uma regra, o que enseja a eliminação de um ou outro princípio envolvido – regra de precedência condicionada[49].

No mais, ampla pesquisa de doutorado feita com a análise correspondente a dez anos de julgamentos do Supremo Tribunal Federal indica, a toda evidência, que tal magna corte jamais aplicou a teoria do sopesamento do modo estritamente concebido por Alexy, quanto ao princípio da proporcionalidade:

> Diante do reporte anterior, conclui-se que a proposta de Robert Alexy sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais e a possibilidade de justificação (argumentação) racional das decisões judiciais não encontra correspondência nas decisões do STF. O que se pode ver, entretanto, é a incorporação no discurso do STF de fragmentos da teoria de Robert Alexy, principalmente no que diz respeito à aplicação das submáximas da adequação e necessidade ou sopesamento. Apesar disso, não foi possível constatar a preocupação nas decisões com a proposta de legitimar argumentativamente a aplicação das submáximas da

---

[48] *STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Artigo publicado na revista eletrônica Conjur, 23/04/16. Disponível em* ***https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc****. Acesso em 11/02/18.*

[49] STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam de. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexy-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso em 11/02/18.

> proporcionalidade. Portanto, o que se vê no STF é apenas um simulacro da teoria de Robert Alexy[50].

Em suma, um belo indicativo de que a aplicação equívoca do referencial teórico de Alexy tem sido provavelmente utilizado por relevante parte do Poder Judiciário para a fundamentação de decisões sem o devido respaldo teórico que se enuncia nestas hipóteses.

O que vai de encontro ao estado democrático de direito, na medida em que falece ao poder judiciário legitimidade para atuar de maneira a não aplicar a lei nos casos cabíveis, por razões múltiplas, que podem ser convenientemente colocadas sob o mesmo seguinte guarda-chuva: e práticas de solipsismo, típicas da filosofia da consciência.

3. CONCLUSÃO

Nos tópicos anteriores, foram abordados os seguintes assuntos:

1) A crítica hermenêutica de Lenio Streck, a partir das bases filosóficas principais de Gadamer e Heidegger, constitui o cerne da concepção de uma nova hermenêutica – a hermenêutica filosófica;

2) A linguagem constitui a condição de possibilidade no mundo, tudo está na linguagem, dela não podendo se apartar intérprete (sujeito) ou coisa a ser interpretado (objeto);

3) As instituições mais clássicas do direito foram concebidas a partir de paradigmas filosóficas divorciados da hermenêutica filosófica, quais sejam, a metafísica clássica e a filosofia da consciência;

4) O paradigma da filosofia da linguagem permite o início a uma nova era da experiência jurídica,

5) Diversas críticas de Lenio Streck vão de encontro à indevida subsistência dos citados modelos filosóficos que ainda têm grande aplicação no direito, mas que lamentavelmente não dialogam com a filosofia da linguagem;

6) Exemplos destes seriam a concepção de verdade como algo apreensível pelo intérprete, a longa vigência ao decidir conforme à consciência e o panpriciologismo;

[50] MORAIS, Fausto Santos de. Tese de doutorado Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Universidade Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2013, p. 298. Disponível em http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF. Acesso em 12/02/18.

7) Todos, em contradição com o basilar princípio do estado democrático de direito, em cujo vértice consta o governo pelas leis, a limitação dos poderes e sua mútua contenção.

Recuperados estes pontos, releva retomar o problema da pesquisa: a crítica de Streck poderia ser considerada um reforço teórico ao estado democrático de direito?

A resposta é afirmativa.

A possibilidade de uma nova chave de leitura – hermenêutica filosófica- constitui uma maior racionalidade à sistematização e à aplicação das normas jurídicas, tendo o potencial de exasperar uma maior proteção dos direitos fundamentais e a contenção do arbítrio estatal, para o que sabidamente podem resvalar práticas judicantes do gênero solipsistas e o decisionismo conforme a consciência.

Assim, a criação de novos standards hermenêuticos se apresenta como um interessante mecanismo ao incremento da própria experiência jurídica, mais racional e em consonância com um rico modelo filosófico.

No plano teórico, a questão se apresenta de toda valia, na medida em que consubstancia uma crítica qualificada às concepções do direito a partir dos modelos da metafísica clássica e da filosofia da consciência.

Se a concretização, porém, será possível, o tempo presente só indicia. Um importante papel já tem o novo dispositivo de lei, o art. 926 do CPC, que evidentemente encampa a tese de Streck, sendo até uma própria emenda sugerida por esse autor. No mais, só o tempo dirá.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. Revista de Processo, vol. 166/2008, p.27-70, Dez/2008.
AVENA, Norberto. Processo Penal. São Paulo: Metodo, 2015.
CHAUÍ, Mariena. Convite à filosofia. São Paulo: Ática, 2000.
COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza. Artigo publicado na revista eletrônica Empório do Direito, 19/03/2015. Disponível em http://emporiododireito.com.br/leitura/glosas-ao. Acesso em 09/02/18.
DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva, 1988.
GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
GARCIA, Gustavo Filipe. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito didática e diferenciada.
GONÇALVES, Marcus Vinícius Reis. Direito processual civil esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2017.
GRINOVER, Ada Pellegrini Et. Alli. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2006.
HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. Trad: Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2005.
MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. Trad: Florestan Fernandes. São Paulo: Editora Popular, 2008.
MAXIMILIANO, Carlos. Hemernêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
MONTORO, Franco. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
MORAIS, Fausto Santos de. Tese de doutorado Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Universidade Vale do Rio do Sinos, São Leopoldo, 2013, p. 298. Disponível em http://pct.capes.gov.br/teses/2013/42007011005P9/TES.PDF. Acesso em 12/02/18.
NUNES, Leandro Gornicki. A verdade em Carnelutti e os caminhos do processo penal brasileiro. sponível em http://www.gnsc.adv.br/wp-content/uploads/2013/01/A-Verdade-em-Carnelutti-e-os-Novos-Caminhos-do-Processo-Penal-Brasileiro.pdf. Acesso em 06/02/18.
OLIVEIRA, Guilherme Fonseca. Reviravolta linguístico-pragmática e esboços de uma nova hermenêutica jurídica. Revista de argumentação jurídica, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, Jul/Dez. 2015.
ORTEGA Y GASSET, José. Que é filososfia? Rio de Janeiro: Livro Ibero-americano, 1984.
ROSA, Alexandre Morais da. Para você que acredita em verdade real, um abraço. Artigo da Coluna Limite Penal, revista eletrônica Conjur, 16/02/18. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco. Acesso em 16/02/18.
_____ Tese de doutorado Decisão no processo penal como 'bricolage' de significantes apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004, p. 191. Disponível em https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1203/0%20-%202004%20Alexandre%20Rosa%204.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07/02/18.
SILVA, Sérgio André. R. G. A hermenêutica jurídica sob o influxo da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 64/2005, p. 276-296, Set-Out/2005.
STEIN, Ernildo. Dialética e hermenêutica: um a controvérsia sobre o método em filosofia. In HABERMAS, J. Dialética e hermenêutica : para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Porto Alegre: L&PM, 1987.
STRECK, Lenio Luiz. A verdade das mentiras e as mentiras da verdade (real). Artigo publicado na revista eletrônica Conjur, 28/11/13. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-nov-28/senso-incomum-verdade-mentiras-mentiras-verdade-real. Acesso em 10/02/18.
_____ Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15, n. 01, p. 158-173, jan-abr 2010. Disponível em

https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623. Acesso em 10/02/18.

_____ Et Alli. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(2):75-83, julho-dezembro 2009. Disponível em http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401. Acesso em 07/02/18.

_____ Jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____ Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Artigo publicado na revista eletrônica Conjur, 23/04/16. Disponível em https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc. Acesso em 11/02/18.

_____ O "decido conforme minha consciência" dá segurança a alguém? Coluna Senso Incomum, Revista Eletrônica Conjur, 15/05/14. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem. Acesso em 12/02/18.

_____ O ativismo, o justo e o legal: crítica ao pan-priciologismo a partir do caso das "famílias paralelas"". Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 1/2014, p. 151-160, Out-Dez/ 2014.

_____ O que é isto – decido conforme minha consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____ Superando os diversos tipos de positivismo. Porque a hermenêutica é 'applicatio'? Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 24, n. 02, 2014, p. 275-298. Disponível em http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188. Acesso em 10/02/18.

_____ TRINDADE, André Karam de. Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexy-problemas-teoria-juridica-filosofia. Acesso em 11/02/18.

_____ LEITE, George Salomão. Interpretação, retórica e linguagem. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____ OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. Artigo na Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Conjur, 26/12/15. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter. Acesso em 04/02/18.

_____ OLIVEIRA, Rafael Thomaz. O que é isto – a hermenêutica jurídica? Artigo na Coluna Diário de Classe. Revista Eletrônica Conjur, 29/08/15. Disponível em https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/isto-hermeneutica-juridica. Acesso em 05/02/18.

A uniformização da interpretação da lei como forma de assegurar a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade social: o Superior Tribunal de Justiça no ordenamento jurídico brasileiro

Carla Campos Amorelli de Freitas[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. A estrutura do poder judiciário na Constituição de 1988 e a função interpretativa conferida ao Superior Tribunal de Justiça. 3. A decisão judicial como fonte de direito na jurisdição constitucional. 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Diante da multiplicidade de decisões judiciais proferidas diariamente sobre um mesmo tema, surge a necessidade de repensar a forma de produção do direito através da interpretação judicial. O Poder Judiciário ao analisar os casos concretos e suas peculiaridades acaba, por muitas vezes, em conferir a sociedade soluções diferentes a casos iguais ou similares o que, por si só, coloca em xeque tanto a aceitabilidade de suas decisões quanto a segurança jurídica dos indivíduos para convivência no seio social – princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Diante do histórico pátrio da comunidade jurídica, típico do sistema *civil law,* de culto às leis em detrimento ao reconhecimento da necessidade de observância das decisões judiciais em casos similares por outros órgãos judiciais e pelos próprios órgãos prolatores da decisão, até então sem previsão legal específica[2], acabou por validar e albergar a instabilidade jurídica que passou a ser vivida no Brasil.

No presente artigo objetiva-se fazer uma reflexão sobre o papel do Poder Judiciário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, na atualidade perpassando pela necessidade de assegurar a efetividade de sua função interpretativa do direito, através da observância

[1] Mestranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Professora de Direito Processual Civil/Pós Graduação IBMEC/RJ.

[2] Salvo, a previsão de observância obrigatória dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal em âmbito de controle concentrado e das decisões positivados por meio da súmula vinculante não havia regulação legal acerca do sistema de precedentes no Brasil. Atualmente, o Código de Processo Civil traz a previsão nos artigos 926 e 927 do dever de uniformização de jurisprudência dos tribunais e da necessidade de observância obrigatória de determinados padrões decisórios, introduzindo o dito sistema no âmbito jurídico brasileiro.

obrigatória de determinadas decisões específicas---– precedentes – que figuram como forma de legitimar a atuação judicial e conferir estabilidade às relações sociais.

O método empregado para elaboração do trabalho foi de revisão bibliográfica sobre o tema.

2. A estrutura do Poder Judiciário na Constituição de 1988 e a função interpretativa conferida ao Superior Tribunal de Justiça

A Constituição de 1988 estruturou o sistema Judiciário brasileiro, no âmbito da justiça comum, em justiça estadual e federal. Sendo que a justiça estadual se organiza em Juízes de Direito e Tribunais de Justiça – 1º e 2º graus de jurisdição, respectivamente – e a Justiça Federal conta com os Juízes Federais e os Tribunais Regionais Federais – 1º e 2º graus de jurisdição, respectivamente.

Acima dessa estrutura geral estão situados o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, órgãos do Poder Judiciário os quais possuem diferentes funções. Ao Superior Tribunal de Justiça incumbe entre outras previstas no artigo 105 da Constituição da República, a função de delinear a interpretação da lei federal. Enquanto ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, é devido o exercício do controle de constitucionalidade das leis e de interpretação constitucional das normas jurídicas, nos ditames do artigo 102 da Constituição da República.

A função interpretativa conferida pela Carta Magna ao Superior Tribunal de Justiça é de extrema relevância neste ponto. Frise-se que em seu artigo 105, III, 'c' há atribuição para que a Corte julgue em sede de recurso especial decisões que derem à lei federal interpretação divergente do que lhe foi atribuído por outro tribunal.

Nota-se que o Constituinte, ciente da nova era que se inaugurava – a transição do Estado Legislativo para o Estado Democrático de Direito - preocupou-se com a unidade do sistema jurídico em consonância com os direitos e garantias fundamentais asseguradas pela Constituição em seu artigo 5º, em especial, a igualdade, liberdade e a segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica se traduz pela paz jurídica, pela confiança do indíviduo que habita a comunidade e a previsibilidade das relações. A finalidade do papel interpretativo do Superior Tribunal de Justiça é a unificação da interpretação aplicada pelos Tribunais Ordinários (federais e estaduais) às leis federais, em relação aos assuntos semelhantes ou iguais, preservando a legitima confiança que o jurisdicionado possui em relação ao Poder Judiciário.

Nessa lógica, extrai-se que à Justiça Ordinária - aqui entendida como as justiças estadual e federal – é conferido o papel de resolução de casos concretos, isto é, através dos casos levados pela população ao Poder Judiciário o Magistrado analisa a lei, os fatos e atribui a interpretação que julga adequada àquela situação para resolvê-la. Por meio da criação de uma norma jurídica pelo julgador resolve-se um determinado caso, função principal da justiça ordinária.

Ocorre que à essas instâncias são levados, em massa, os anseios da população – judicialização da política – e esta deve explorar as possíveis interpretações do texto legal a fim de alcançar uma decisão justa para aquele caso.

Em meio a tantas decisões efetivando e garantindo direitos, podem surgir ambiguidades e até contradições no bojo do ordenamento jurídico. A diversidade excessiva de sentidos conferidos a um texto legal, mesmo que de forma motivada, acaba por detonar a igualdade e a segurança jurídica esperada pela sociedade.

Se há a eleição de normas jurídicas pelos juízes para resolução de cada caso, cabe ao Superior Tribunal de Justiça restabelecer a segurança jurídica fixando a interpretação a ser observada pelas instâncias inferiores, nos casos análogos, restabelecendo a unidade do sistema.

Marinoni bem observa o tema:

> "Sendo assim, é evidente que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental, para num momento admitir e em outro negar a constitucionalidade do produto da Casa habitada pelos representantes eleitos pela maioria." (MARINONI, online,p.8)

Em que pese divergências que não serão objeto desse estudo acerca da obrigatoriedade vinculativa das decisões do Superior Tribunal de Justiça pelos juízes e tribunais inferiores, fato é que ao Superior Tribunal de Justiça, por comando constitucional,

incumbe o papel interpretativo das normas federais e afastar a sua imposição aos juízes e tribunais acaba por esvaziar a própria função conferida a Corte Superior e conferir imediata afronta a segurança jurídica de seus jurisdicionados.

Nota-se que os tribunais ordinários não têm função de interpretação, mas de resolução de casos concretos, ao passo que o STJ tem por escopo delinear o Direito que, para preservação da igualdade, deve vincular todos os juízes e tribunais que se destinam à solução de casos. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p.103)

A Corte Superior é conferida a função primordialmente interpretativa, sendo coerente a vedação por trazida pelo enunciado de súmula própria do mero reexame de provas[3], posto que é considerada como palavra final em matéria fática o entendimento da justiça ordinária. O caso apresentado, em sede de recurso especial, constitui meio de exercício de sua função principal interpretativa, sendo de real importância a análise dos fatos para formação da convicção para o julgamento do caso e elaboração da tese firmada.

A tese fixada estará sempre relacionada com os fatos do caso analisado afim de que possa ser delineada a *ratio decidendi* daquele julgado, é o contexto fático aliado a questão de direito que gera uma determinada interpretação para aquela norma.

Interessante posicionamento firmado pelo Superior Tribunal Justiça no sentido de prestigiar a necessidade de unidade do sistema frente ao interesse individual das partes. Na oportunidade do julgamento de questão de ordem no Resp 1.308.830/RS, foi indeferido o pedido de desistência do recurso especial, em razão de a interpretação da legislação infraconstitucional não constituir interesse das partes, mas de toda a coletividade.

> "Em questão de ordem, a Turma indeferiu o pedido de desistência, reconhecendo o interesse da coletividade na uniformização do entendimento sobre o tema. Assim, o pedido de desistência pode ser indeferido com fundamento na natureza nacional da jurisdição do STJ - orientadora da interpretação da legislação infraconstitucional - e na repercussão da tese adotada pelo Tribunal para toda a coletividade. No mérito, a Turma reconheceu a responsabilidade civil do provedor de conteúdo por dano moral na situação em que deixa de retirar material ofensivo da rede social de

[3] Súmula 7 : A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL

> relacionamento via internet, mesmo depois de notificado pelo prejudicado. A Min. Relatora registrou que os serviços prestados por provedores de conteúdo, mesmo gratuitos para o usuário, estão submetidos às regras do CDC. Consignou, ainda, que esses provedores não respondem objetivamente pela inserção no *site*, por terceiros, de informações ilegais. Além disso, em razão do direito à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, da CF), bem como das limitações operacionais, os provedores não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas por seus usuários. A inexistência do controle prévio, contudo, não exime o provedor do dever de retirar imediatamente o conteúdo ofensivo assim que tiver conhecimento inequívoco da existência desses dados. Por último, o provedor deve manter sistema minimamente eficaz de identificação dos usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.)" REsp 1.308.830-RS**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/5/2012.**[4]

3. A decisão judicial como fonte de direito na jurisdição constitucional.

Após a Segunda Guerra Mundial a ideia de jurisdição constitucional passou a ser encampada abandonando-se a teoria clássica de Chiovenda de que o Poder Judiciário seria meramente a voz do Estado Legislativo e da função jurisdicional exclusivamente como fonte de concretizar uma norma geral.

> O conceito de Chiovenda é retomado por Calamandrei, duas décadas mais tarde. As premissas sustentadas pelo mestre florentino são suficientes para se compreender o que está por detrás da sua ideia de jurisdição. Deixou claro Calamandrei que "a lei vale, enquanto está em vigor, não porque corresponda à justiça social, senão unicamente pela autoridade de que está revestida", e que "a lei abstrata se individualiza por obra do juiz" (Instituzioni di diritto

[4] Informativo nº 497 do Superior Tribunal de Justiça.

> processuale civile, p.156). Quer dizer que a decisão judicial, para Calamandrei, individualiza um direito que vale enquanto lei dotada de autoridade, não importando sua adequação a qualquer parâmetro de justiça. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, p. 86)

Neste momento, há uma inversão do parâmetro de validade da norma a qual não mais se sujeita unicamente a regularidade formal de um processo legislativo, mas, ao novo modelo constitucional implantado, o Estado de Direito.

No atual modelo as normas produzidas pelo poder legislativo devem também estar em consonância com os princípios e os direitos fundamentais assegurados pela Constituição, sob pena de se eivar de vício material de constitucionalidade.

O Estado Democrático de Direito possui subordinação aos preceitos constitucionais e continua a fundamentar-se na lei, no entanto através de outra perspectiva

> Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. (SILVA, 2006, p.121.)

Com a nova perspectiva de Estado em que o ordenamento jurídico é visto como um sistema único e coerente que não admite contradições, a função jurisdicional passou a ser exercida de forma que cabe ao Estado- Juiz atribuir a lei o melhor sentido a ser adotado diante da análise dos princípios constitucionais naquele caso em concreto criando assim uma norma jurídica aplicável aquela situação.

Nesse momento é importante destacar que ao Judiciário, através se sua atividade interpretativa, é conferido o papel de resgatar a razão pública– aquela escolhida pela sociedade para fundamentar sua Constituição, encarada como expressão mais alta do ideal

político de um povo. Paralelamente, o Poder legislativo ordinário também deve conformar-se em agir nos ditames desses ideais, o que justifica nesse momento a revisão judicial sobre seus atos. No entanto, o poder num governo democrático idealmente deve ser exercido pelos três poderes, os quais devem se responsabilizar perante o povo pela sua atuação. (RAWLS, 2000, pg.282/283).

A jurisdição constitucional pressupõe um Estado-Juiz forte e independente capaz de resgatar os valores sociais retratados pelo povo nas leis e na sua Constituição. A decisão judicial, mais do que a solução para um caso concreto, se coloca como fonte do direito, uma vez que carrega o real sentido do ato normativo – aquele o qual foi dado o sentido baseado nos ditames democráticos, nos valores escolhidos pelos cidadãos.

Logo, do Judiciário a sociedade não pode suportar a instabilidade e a insegurança jurídica, mas a coerência e a base da confiabilidade das relações que devem ser tratadas de forma igualitária quando atribuídas das mesmas características, garantindo-se a imparcialidade da jurisdição e a previsibilidade das relações.

Ora, num momento histórico em que o Estado-Juiz passa ocupar um papel de "Guardião" das promessas democráticas a harmonia institucional é um pressuposto para a validade de suas decisões. A uniformidade interpretativa não deveria precisar de uma atividade legislativa garantidora, seja através introdução do sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil seja por qualquer outra disposição legal.

O dever de observância pelos órgãos judiciais de posições anteriormente firmadas sobre assuntos específicos, quando do julgamento de um caso pela Corte competente, é inerente a um sistema jurídico justo e democrático. Não cabe àquele julgador do caso posterior realizar juízo de valor sobre o cerne do entendimento firmado no caso antecessor (caso precedente). O que lhe cabe é identificar a razão, os motivos determinantes utilizados naquela oportunidade, a identidade ou semelhança crucial entre os fatos do caso antecessor e do caso precedente e definir se é a hipótese de incidência da tese firmada ou se é hipótese distinta de julgamento.

Essa consciência deve estar presente em todos os operadores de direito, principalmente, nos julgadores, os quais devem se atentar para não distorcerem o sentido de independência funcional com instabilidade do sistema. O sistema é único e deve ser congruente em si mesmo.

4. Considerações finais.

Em uma jurisdição constitucional em que cabe ao Estado-Juiz zelar pelos valores constitucionais não se pode vislumbrar a existência de decisões judicias contraditórias proferidas por Cortes similares ou diferentes sobre um mesmo tema, sob pena de grave violação a confiança legítima que o indivíduo possui para o desempenho de suas relações.

Neste contexto, cabem as Cortes as quais detém competência a função de uniformizar o direito, isto é, atribuir a interpretação apropriada ao ato normativo estrito acrescido da valoração principiológica carregada pelo seio social na Constituição, a qual passará a ser de observância obrigatória aos outros órgãos judiciais na aplicação do direito.

Conforme exposto, o Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 105 da Constituição Federal de 1988, possui a função de uniformização do direito federal a qual deve ser prioritariamente perseguida em nome da segurança jurídica.

A interpretação uniformizadora conferida ao Superior Tribunal de Justiça deve estar atrelada apenas aos fundamentos determinantes da decisão os quais devem ser considerados para soluções a casos iguais ou similares. Ressaltando que, essa interpretação pode e deve ser em algum momento superada pela própria Corte, visto as alterações valorativas e sociais de uma determinada coletividade.

Como já exposto, ao Juiz ou Tribunal ordinário é conferida a função de resolução de casos e no exercício dessa função deverá analisar com cautela a possibilidade de aplicação do precedente, o qual pode ser afastado se não se tratar de questão semelhante ou idêntica, se presentes peculiaridades que afastem o caso em análise daquele objeto do precedente, ou ainda, se necessária sua superação.

Mais do que um sistema estritamente legal, o ordenamento jurídico deve ser analisado de forma coesa e sistêmica, e aos operadores de direito que compõe esse universo é necessária uma leitura global sobre a observância das decisões judiciais paradigmas. Deve-se evitar atrelar a necessidade de fidelidade aos entendimentos firmados pelos órgãos competentes e colegiados a uma imposição legal. Não é a lei que deve informar a definição de precedentes e suas hipóteses de incidência, mas a necessidade diária dos casos postos a análise da jurisdição.

Parece inimaginável admitir a interpretação de uma norma válida para o cidadão X, residente na região nordeste e esta mesma interpretação ilegal ou inconstitucional ao cidadão Z, residente na região sudeste. A referida situação se mostra absolutamente contrária a uma

jurisdição constitucional, bastaria a resolução de um caso paradigma pelo Superior Tribunal de Justiça para constituir-se um caso precedente.

A jurisprudência previsível respeita a segurança jurídica com a prestação jurisdicional uniforme e relativamente estável, o que, por certo, não se confunde nem é sinônimo de imutável. (SALOMÃO, 2017, p. 533).

5. Referências Bibliográficas.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. Informativo 497 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível no endereço https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=1308830&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO . Acesso em 19.08.2017.

DE FREITAS, Carla Campos Amorelli; BARREIROS, Cassio Rodrigues. Protagonismo Judicial e Sua Legitimidade Num Estado Democrático de Direito. In: XXVII Encontro do CONPEDI SALVADOR, 2018. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/ggs4l47h/92xH7eLq215jDiwH.pdf

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade.docx. Acesso em 18.05.2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O Novo Processo Civil. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRAZ, Taís Schilling. O Precedente na Jurisdição Constitucional: construção e efi´cacia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

SALOMÃO, Luis Felipe. Segurança Jurídica e o Sistema de Precedentes no Novo Código de Processo Civil: Desafios e Tempos de Incerteza. . In. RÊGO, Werson (Org.). Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário Velloso. 1ed. Rio de Janeiro, LMJ Mundo Juridico, 2017.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo.26ªed. São Paulo: Malheiros,2006.

Direitos fundamentais e contrato de trabalho intermitente no brasil: uma leitura propositiva

Denise Fincato[1]

RESUMO: O trabalho intermitente é fato social antigo na sociedade brasileira. A ausência de regulamentação a esse tipo de prestação de serviços gerava a precarização da relação e, consequentemente, condenações trabalhistas vultosas. O contrato intermitente já é utilizado em diversos países, onde pode ser chamado de contrato de *zero hora* ou contrato *à chamada*, assentando-se sempre na premissa do pagamento do trabalho por hora efetivamente laborada. A Reforma Trabalhista insere o contrato intermitente no § 3º do artigo 443, desenvolvendo-o nos artigos 452-A e seguintes. Houve regramento temporário pela Medida Provisória nº 808/2017, que perdeu vigência em Abril de 2018 e atualmente vige Portaria ministerial que o regula. O estudo analisa as intenções da proposta legislativa e, com base no princípio da boa-fé (que também se aplica ao legislador), entende-a favorável ao mercado de emprego do Brasil, especialmente no tocante à entrega de um padrão mínimo de garantias fundamentais.

Palavras-Chave: Contrato Intermitente. Reforma Trabalhista. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Intermittent work is an old social fact in Brazilian society. The absence of regulation to this type of service rendered the precariousness of the relationship and, consequently, high labor condemnations. The intermittent contract is already used in several countries, where it can be called a zero-hour contract or contract to call, always based on the premise of the payment of work per hour actually worked. The Labor Reform inserts the intermittent contract in § 3 of article 443, developing it in articles 452-a and following. There was a temporary amendment by Provisional Measure No. 808/2017, which lost its validity in April 2018 and is currently in force with the Ministerial Order that regulates it. The study analyzes the intentions of the legislative proposal and, on the basis of the principle of good faith (which also applies to the legislator), considers it favorable to the Brazilian employment market, especially with regard to the delivery of a minimum standard of fundamental guarantees .

Keywords: Intermittent Contract. Labor Reform. Fundamental rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 PERSPECTIVA COMPARADA, DEFINIÇÃO E ELEMENTOS CONCEITUAIS. 2 TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL: A TRAMITAÇÃO DO PLC Nº 38/2017 (REFORMA TRABALHISTA). 3 COMENTÁRIOS À DISCIPLINA DO TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[1] Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Acadêmica Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista, Sócia de Souto Correa, Cesa, Lumertz e Amaral Advogados. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Interpretações em linhas diversas das majoritárias costumam trilhar caminhos espinhosos em determinadas áreas do saber. Assim acontece com o Contrato Intermitente que, no Brasil, foi visto como precarizador das relações de trabalho. A velocidade das últimas transformações não tem permitido a reflexão e sequer a sedimentação de conhecimentos mínimos e este estudo avança em busca de outras leituras ao instituto. O "contrato de trabalho intermitente" é realidade no Brasil há tempos e sua utilização sem a imposição de observância de parâmetros legais mínimos era geradora de insegurança jurídica.

O trabalho intermitente é popularmente chamado de "bico" e constitui-se em uma espécie de trabalho informal, já incorporado à cultura laboral brasileira que, com a inserção da nova modalidade contratual no conjunto normativo, torna-se passível de registro e regularização. A questão do trabalho intermitente é especialmente sensível ao setor da hotelaria, bares e restaurantes, sabidamente com maior movimento em determinados dias da semana ou épocas do ano. Tais trabalhadores, prestam serviços sem qualquer registro de seu trabalho, recebendo valores ajustados diretamente com o tomador de serviços, sem vinculação à previdência social, depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e muito menos recebimentos de férias e 13º salário.

O contrato intermitente impõe a quebra do paradigma do trabalho ao molde da Revolução Industrial: um trabalho a tempo contínuo e integral, no qual paga-se pelo uso do dia da pessoa e não pelo trabalho efetivamente prestado. No novo cenário do trabalho verifica-se a crescente rarefação do emprego, a contratação a tempo parcial como tendência, a remuneração do trabalho estritamente prestado e a auto-gestão da vida laboral e previdenciária como algo básico a qualquer cidadão.

Sem dúvidas, o trabalho intermitente é relevante à sociedade, pois seus operadores constituem massa trabalhadora necessária ao movimento dos setores onde atuam. Mais: a atividade intermitente incrementa os orçamentos familiares e sua normatização permite o registro da experiência na profissão, tão necessária em se falando de "primeiro emprego". No entanto, é de se reconhecer, sem regulamentação, há precariedade para ambos os lados.

O ingresso do tipo contratual no ordenamento jurídico significa apenas a regulamentação de um fato social inconteste, a potencial pacificação das relações e a inserção de pessoas no mercado formal de emprego e previdência social.

Seu bom ou mau uso, dependem exclusivamente da índole dos envolvidos em cada relação. Toma-se como pressuposto deste racional o contido no Relatório da Comissão

Legislativa Especial, segundo o qual a Reforma Trabalhista teria por principal objetivo "[...] aprimorar as relações do trabalho no Brasil [e] atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país [...]".

O estudo bordeia os Direitos Fundamentais Sociais (art. 7º CF/88), testando se, no plano jurídico, a inserção da modalidade contratual na codificação nacional fere os primados básicos sobre tais títulos ou, ao revés, realiza-os.

A pesquisa teve abordagem dedutiva, métodos de procedimento histórico, comparativo e funcionalista e método de interpretação o exegético-sistemático. As fontes utilizadas foram eminentemente bibliográfico-documentais.

1 PERSPECTIVA COMPARADA, DEFINIÇÃO E ELEMENTOS ESSENCIAIS

O contrato de trabalho intermitente é espécie contratual por prazo indeterminado, a tempo parcial, mas sem jornada ou carga horária específica e pré-contratada, que mescla períodos de atividade e inatividade, em que o trabalhador aguarda chamado de seu empregador para a prestação laboral, sendo remunerado pelas horas efetivamente trabalhadas, em igualdade proporcional de condições. As atividades empresariais, no caso, são permanentes, mas com fluxo e demanda descontínuas. Calcini[2] aponta o fenômeno do trabalho intermitente como produto do comportamento humano dos dias atuais. Segundo o autor, adotando esta modalidade contratual, o trabalhador poderia moldar o momento em que deseja e pode trabalhar, tal qual o faz atualmente quando decide o melhor momento para consumir programas de entretenimento[3].

Trata-se de forma contratual bastante utilizada no Direito Comparado. Na Inglaterra, por exemplo, o contrato intermitente expressou uma possibilidade de flexibilização das relações de trabalho que traria ganho no quantitativo de empregos e serviu à formalização de relações, aumentando a quantidade de pessoas abrangidas pela legislação trabalhista. Ganhou a alcunha de contrato *zero hour* uma vez que não há prévio ajuste de jornada mínima, remunerando-se com base no que efetivamente trabalhado. Em 2014, o governo britânico proibiu o uso de cláusulas de exclusividade[4] mas, sem dúvidas, o novo padrão contratual

[2] https://www.megajuridico.com/contrato-de-trabalho-intermitente-pontos-positivos-e-negativos/

[3] Talvez seja uma transformação na qual vem passando o mundo, hoje os indivíduos em geral não querem por exemplo, esperar um determinado horário para assistir um programa de TV [...]. Podemos fazer esse paralelo com o direito do trabalho e, quebrando a ideia tradicional de subordinação intensa, passar a entender com o contrato de trabalho intermitente, uma forma do trabalhador escolher quando deseja prestar serviço.

[4] PRETTI, Gleibe. **Trabalhador Intermitente na Prática**. São Paulo: LTr, 2018. p. 26

quebrou o paradigma tradicional de total subordinação do empregado a um empregador e, ainda, da venda de seu "tempo de vida" e não de seu trabalho.

Na Itália, o chamado contrato *a chiamata* ou de *lavoro intermittente*, teve como objetivo garantir relações de trabalho inicialmente não protegidas. É endereçado a trabalhadores ingressantes (até 25 anos) ou aos que desejam retornar ao mercado de trabalho (acima dos 45 anos), podendo estender-se a outros trabalhadores através de autorização ministerial ou previsão em negociação coletiva[5]. Sua duração se limita a até 400 dias em 3 anos, salvo nos setores de entretenimento, turismo, comércio e "atendimento ao público em geral".

No Brasil, a Lei nº 13.467/17[6], ao acrescer o § 3º ao art. 443 [7]da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseriu o contrato de trabalho intermitente no rol dos contratos típicos trabalhistas.

Intermitente é a característica daquilo que sofre interrupções, que é intervalado. O trabalho intermitente, portanto, rompe a lógica do trabalho que acontece de forma continuada e presencial. Justamente por isso se lhe exige forma escrita. Ausente a forma, ineficaz a modalidade supostamente avençada.

O contrato de trabalho intermitente, como ocorreu com o contrato a tempo parcial, não observa a continuidade como elemento de configuração do vínculo empregatício e aponta para um novo padrão em que, havendo interesse das partes, poderá existir subordinação conjugada com descontinuidade.

Durante a *vacatio legis* da Reforma Trabalhista, foi possível identificar que destinatários e intérpretes não estavam compreendendo a essência do novo instituto e, por isto, a Medida Provisória pôs-se a explicar seu ponto fulcral: os períodos de inatividade. Esta norma reforçava o conceito de intermitência, deixando claro que neste contrato não há a tradicional habitualidade na prestação de serviços e que isto não implica em violação ao sistema protetivo trabalhista, pois não há regra que garanta ao trabalhador brasileiro o direito de trabalhar no mínimo 8hs por dia ou 44hs semanais, ao revés, há tempos a própria CLT já

[5] PRETTI, Gleibe. **Trabalhador Intermitente na Prática**. São Paulo: LTr, 2018. p. 25

[6] Ver histórico da Reforma Trabalhista brasileira em FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos**. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas**. Disponível em e-book **https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl.** Cascavel: UNIVEL, 2017, p. 94.

[7] [...] a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

admitia o contrato a tempo parcial no artigo 58-A[8], sem limite mínimo de tempo de trabalho e sem que isto afetasse a caracterização de vínculo empregatício[9].

Assim, aparentemente, a dificuldade está em compreender que o tempo sem trabalho do empregado intermitente não é tempo a disposição de seu empregador, mas sim, tempo de inatividade e liberdade.

Como são limitados os momentos de prestação de serviços, todas as consequências financeiras do contrato serão conectadas aos períodos de atividade, instituindo novo padrão de relacionamento em que a assunção dos riscos empresariais e a própria função social da empresa devem ser proporcionalizados, o que realmente é de difícil compreensão quando se pensa e se decide a partir de esquemas mentais alicerçados na Revolução Industrial e no Estado de Bem Estar Social.

Em suma, o modelo contratual não retira ou reduz direitos fundamentais de conteúdo trabalhista (previstos no art. 7º da CF/88), mas garante-os, proporcionalmente, a grupo de trabalhadores até então alijados de qualquer formalização e proteção.

2 TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL: A TRAMITAÇÃO DO PLC Nº 38/2017 (REFORMA TRABALHISTA)

O Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38/2017 agregou diversas matérias à proposta governista original, o PL nº 6787/2016, entre elas o Contrato Intermitente. O Relatório apresentado pela Comissão Especial de Deputados em abril de 2017[10], durante a tramitação da Reforma Trabalhista, dedica algumas linhas para justificar a inserção do contrato intermitente entre as modalidades contratuais que passariam a ser admitidas pela legislação brasileira. Apontaram os Deputados que tal inserção se justificava face ao objetivo de "modernizar as relações de trabalho", sinalizando não ser seu desejo a precarização do emprego. Segundo os parlamentares, as regras da CLT de 1943 estariam impedindo a absorção de milhões de brasileiros que integram as estatísticas oficiais de "desemprego,

[8] CLT, Art. 58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais.

[9] Diferentemente ocorre com os trabalhadores domésticos, para os quais, ainda há tempo mínimo exigido (continuidade) **para a caracterização da vinculação empregatícia**: LC 150/2015: Art. 1º - Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, **por mais de 2 (dois) dias por semana**, aplica-se o disposto nesta Lei.

[10] Versão integral disponível no site do Senado Federal - https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049

subemprego e dos que desistiram de procurar emprego". O relatório parte, ainda, do pressuposto de que o Tribunal Superior do Trabalho já haveria sinalizado certa simpatia ao tema do pagamento por horas trabalhadas ao editar a Orientação Jurisprudencial nº 358 da SDI-1[11].

Após passar na Câmara dos Deputados, o PLC nº 38/2017 foi votado e aprovado com maioria importante no Senado Federal sendo, após, enviado à Presidência da República que o sancionou, com *vacatio legis* de 120 dias. Após seu ingresso em vigor, em 11/11/2017, a norma sofreu nova alteração com a Medida Provisória nº 808/2017 que a afetou de forma muito concreta e ampla. A Medida Provisória publicada no dia 14/11/2017, entretanto, perdeu vigência em 23/04/2018, ao não ser convolada em lei. Como último movimento que atinge o tema do contrato intermitente, em 24/05/2018 entrou em vigor a Portaria nº 349 do Ministério do Trabalho e Emprego. Todos os elementos normativos referidos são analisados a seguir.

3 COMENTÁRIOS À DISCIPLINA DO TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

O trabalho intermitente foi inserido no rol das possibilidades de pactuação empregatícia com referência explícita no caput do art. 443 da CLT[12] e inclusão do § 3º do art. 443 da CLT[13]. O termo "intermitente", entretanto, não é novo na CLT, sendo já mencionado nos art. 237 e 243 (ferroviários)[14] e 248 (navegadores)[15]. Sua disciplina foi

[11] **OJ nº 358 da SDI1 - SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE. EMPREGADO SERVIDOR PÚBLICO (Nova redação. 16.02.2016).** I – Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado. II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

[12] O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

[13] [...]§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

[14] Art. 237 - O pessoal a que se refere o artigo antecedente fica dividido nas seguintes categorias: [...] d) pessoal cujo serviço é de natureza intermitente ou de pouca intensidade, embora com permanência prolongada nos locais de trabalho; vigias e pessoal das estações do interior, inclusive os respectivos telegrafistas. Art. 243 - Para os empregados de estações do interior, cujo serviço for de natureza intermitente ou de pouca intensidade, não se aplicam os preceitos gerais sobre duração do trabalho, sendo-lhes, entretanto, assegurado o repouso contínuo de dez horas, no mínimo, entre dois períodos de trabalho e descanso semanal.

[15] Art. 248 - Entre as horas 0 (zero) e 24 (vinte e quatro) de cada dia civil, o tripulante poderá ser conservado em seu posto durante 8 (oito) horas, quer de modo contínuo, quer de modo intermitente. § 1º - A exigência do

inserida nos artigos 452-A e seguintes da CLT[16], atualmente complementada pela Portaria nº 349/2018, que serão comentados a seguir.

a) DA CONTRATAÇÃO

Os contratos de trabalho intermitente são enquadráveis como "contratos especiais de trabalho", não se admitindo forma verbal ou tácita aos mesmos[17]. Na Portaria ministerial, se determina o registro do vínculo intermitente na Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS) do empregado, mesmo que a contratação esteja prevista em convenção ou acordo coletivo, dada sua excepcionalidade, em evidente intenção regulatório-protetiva. A Portaria avança no detalhamento do contrato e, se antes exigia apenas a indicação do valor-hora do salário do trabalhador intermitente, agora elenca outros elementos obrigatórios.

b) DA REMUNERAÇÃO

Em nova técnica legislativa, ao determinar a necessária constância do salário-hora do trabalhador, exige que este "não seja inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo", recomendando a igualdade salarial em comparação aos demais empregados do estabelecimento, exercentes de mesma função, de onde se extrai que, havendo piso regional ou piso da categoria, por exemplo, o salário-hora deverá ser calculado sobre este. A característica de especialidade do contrato intermitente foi reforçada pelo § 3º do art. 2º da Portaria nº 349/2018[18], ao estabelecer que não haverá irregularidade ou prática

serviço contínuo ou intermitente ficará a critério do comandante e, neste último caso, nunca por período menor que 1 (uma) hora.

[16] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>, acesso em 17set 2017. MP nº 808/2017 disponível em http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=14/11/2017&jornal=521&pagina=1&totalArquivos=2. Acesso em 14 nov. 2017

[17] CLT - Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não. Portaria 349/2018 - Art. 2º O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que previsto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá: I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, nem inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

[18] § 3º Dadas as características especiais do contrato de trabalho intermitente, não constitui descumprimento do inciso II do caput ou discriminação salarial pagar ao trabalhador intermitente remuneração horária ou diária superior à paga aos demais trabalhadores da empresa contratados a prazo indeterminado.

discriminatória no pagamento, ao intermitente, de salário-hora *superior* ao empregado em tempo contínuo[19].

Reputa-se equivocada a alegação de violação constitucional[20] e perda de *status* de empregado ao trabalhador intermitente, por não receber, mensalmente, ao menos um salário mínimo nacional[21]. Pelo já explicado, pode-se afirmar que o trabalhador intermitente poderá receber até mais que o mínimo nacional, por hora, como já faculta a pré-citada OJ nº 358 da SDI-1 do TST.

c) DA CHAMADA, DA RESPOSTA E DAS PENALIZAÇÕES

É o art. 452-A da CLT que dispõe sobre a chamada para o trabalho e sua dinâmica, atendendo à necessidade de agilidade comunicacional e organizativa e, ainda, à razoabilidade, uma vez que em tempos de *whatsapp*, *messenger* e telefones celulares há, inclusive, certa expectativa de imediatidade nas respostas.

A MP nº 808/2017, enquanto vigente, alterava a previsão do prazo de resposta do empregado de um dia útil para vinte e quatro horas contínuas, mantendo a presunção de recusa em caso de silêncio. A Portaria nº 349/2018 refere o tema de forma periférica, dizendo que as partes poderão ajustar em contrato individual as formas de chamada e de resposta[22].

O empregador fará as convocações com três (3) dias corridos de antecedência. O empregado poderá aceitar, ou não, tal convocação, tendo o prazo de um (1) dia útil para

---

[19] Em que pese a norma, acredita-se que por equívoco, mencione "tempo indeterminado", vez que o contrato intermitente também se estabelece a prazo indeterminado, com chamadas e prestações de serviço descontinuadas.

[20] Atualmente, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o contrato intermitente são: **ADI 5806** - Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA ATIVIDADE PROFISSIONAL DOS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA PRIVADA, DE MONITORAMENTO, RONDA MOTORIZADA E DE CONTROLE ELETRO-ELETRONICO E DIGITAL – CONTRASP - Entrada no STF em: 06.11.2017. **ADI 5950** - Requerente: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO (CNTC). Entrada no STF em: 23.05.2018. **ADI 5829** - Requerente: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS – FENATTEL. Entrada no STF em 27.11.2017. **ADI 5826** - Requerente: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS EMPREGADOS EM POSTOS DE SERVIÇOS DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO - FENEPOSPETRO. Entrada no STF em: 23.11.2017.

[21] Neste sentido, Cavalcante e Do Val afirmam que o trabalhador perderia o *status* de empregado por não receber, mensalmente, o salário mínimo, em interpretação equivocada do conjunto constitucional: "[...] o empregado intermitente é considerado pela legislação reformista como um empregado, mesmo não recebendo salário mínimo [...]". CAVALCANTE, R.A; DO VAL, Renata. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017, p. 60

[22] Art. 3º É facultado às partes convencionar por meio do contrato de trabalho intermitente: I - locais de prestação de serviços; II - turnos para os quais o empregado será convocado para prestar serviços; e **III - formas e instrumentos de convocação e de resposta para a prestação de serviços**.

responder ao chamado, presumindo-se que seu silêncio equivale a recusa, não caracterizando ato de insubordinação. Percebe-se que, diferentemente do modelo italiano[23], no Brasil não é prevista a possibilidade de vinculação obrigatória do trabalhador à chamada do empregador. Assim, no Brasil, há a liberdade do trabalhador em aceitar, ou não, o trabalho para o qual é chamado[24].

No entanto, uma vez aceita a chamada pelo empregado, se este não comparecer, sem justo motivo, ficará obrigado indenizar o empregador no prazo de 30 dias, para o que foi estabelecida uma multa de 50%, a ser calculada sobre a remuneração que lhe seria paga, permitida a compensação em igual prazo[25]. Sinale-se, no entanto, que a regra não se refere apenas ao empregado como o obrigado à multa. Ao dispor da expressão "parte" como potencial descumpridora da avença, o legislador também atribui ao empregador o dever de indenizar ao empregado, caso o convoque para o trabalho e, sem justo motivo, não lhe dê tarefas. A MP trazia a expressão "reparação recíproca" no artigo 452-B, IV, o que facilitava a compreensão da sistemática. No particular, é de se destacar que a Medida Provisória permitia a negociação de forma diversa, no interesse das partes. A atual Portaria nada refere sobre o tema.

De todo o modo, o § 4º do art. 2º da Portaria nº 349, reproduzindo o outrora constante da MP, reitera que os fatos se sobrepõem aos documentos e que, constatando-se o trabalho não há que se falar em cumprimento ou não de formalidades, quer na chamada, quer na resposta[26].

d) DA INATIVIDADE

Os períodos de não-convocação (denominados períodos de "inatividade") não serão computados como tempo de serviço ou de disposição ao empregador, para qualquer fim[27].

---

[23] Decreto legislativo 276 de 10 de setembro de 2003 (*Legge Biagi*), alterado e regulamentado pelo Decreto Legislativo 81, de 15 de junho de 2015. Disponível em <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2003/10/09/003G0297/sg > Acesso em 05set2017.

[24] Art. 452-A, § 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

[25] Art. 452-A, § 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

[26] Constatada a prestação dos serviços pelo empregado, estarão satisfeitos os prazos previstos nos §§ 1º e 2º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

[27] Art. 452-A, § 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

A Portaria nº 349[28] acrescenta à questão da inatividade conceitos e delimitadores e busca deixar indene de dúvidas o novo paradigma "tempo de inatividade" que, diferentemente do "tempo a disposição" de outrora, não será contado para qualquer fim e, especialmente, não poderá ser remunerado. O empregado intermitente está liberado para prestar serviços a qualquer empregador ou tomador de serviços em seus horários livres, inclusive aos de mesma atividade econômica.

A Portaria, entretanto, é implacável: havendo remuneração do tempo à disposição, não há que se falar em contrato intermitente, classificando-se o ajuste como contrato-padrão (por prazo indeterminado e a tempo contínuo/integral). Embora se critique a normatização da exceção, a norma busca evitar o mascaramento de relações contínuas em intermitentes. O § 5º do art. 452-A reitera a compreensão do período de inatividade, diferenciando-o do tempo a disposição do empregador, e é evidentemente protetivo, visando fortalecer o previsto no artigo 9º da CLT[29].

e) DOS PAGAMENTOS

Os pagamentos realizados no contrato intermitente também foram alvo da Medida Provisória, que havia alterado a redação anterior do §6º do art. 452-A[30], na definição do momento de quitação das parcelas listadas. A Portaria nº 359/2018, no inciso III do art. 2º, reitera os termos da MP regulando que será fixado no contrato o local e prazo para pagamento das parcelas remuneratórias. Adiante, a autoridade ministerial pensou nos contratos com chamadas que se estendem para além de um mês, atrelando-os à regra do art. 459 da CLT (pagamento até o 5º dia útil subsequente ao mês trabalhado)[31]. A ressalva ao §

[28] Art. 4º Para fins do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei. § 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho. § 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

[29] Tendo em vista que a Reforma Trabalhista não afeta os artigos 3º e 9º da CLT, entende-se que as relações que não estiverem formalmente adequadas ao previsto nos dispositivos 452-A e seguintes da CLT, serão apreciadas pelo Poder Judiciário a partir da presunção mais favorável ao trabalhador: vínculo empregatício a tempo contínuo e integral, com consectários integrais pertinentes.

[30] § 6º Na data acordada para o pagamento, observado o disposto no § 11, o empregado receberá, de imediato, as seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.

[31] § 2º Na hipótese de o período de convocação exceder um mês, o pagamento das parcelas a que se referem o § 6º do Art. 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho não poderá ser estipulado por período superior a um

6º evita que o trabalhador, convocado para trabalhos superiores a um mês, fique período maior que este sem recebimentos. O mês, na hipótese, se contará a partir do primeiro dia da prestação de serviço daquela chamada, observando a relação de cada trabalhador, individualmente.

O legislador ainda determinou que se registrem todas as parcelas pagas em recibos minuciosamente preenchidos[32], entregando-se cópia ao trabalhador.

Quanto às parcelas remuneratórias, ao referir os "adicionais legais", quis o legislador mencioná-los exatamente assim, de forma abrangente: extraordinários, noturnos, periculosos, insalubres, ou seja, os que incidirem naquela relação de emprego. Os adicionais calculados sobre o valor hora do trabalho (extraordinários e noturnos, p.ex.) não geram dúvidas de sua compatibilidade com a nova modalidade contratual, não anunciando qualquer dificuldade harmonizativa futura.

No tocante aos adicionais de risco (insalubridade e periculosidade), há que se ponderar. O adicional periculoso, calculado à razão de 30% sobre o salário contratual do empregado, já flutuava tradicionalmente, de acordo com a variação salarial do trabalhador, não se revelando novidade que, dadas as variações remuneratórias da intermitência, também no contrato intermitente seja inconstante seu valor final[33]. O adicional de insalubridade, entretanto, calcula-se à razão de 10%, 20% ou 40% sobre o *salário mínimo*[34], razão esta de toda a discórdia, sendo comum que a jurisprudência, reiteradamente, garanta o adicional

mês, devendo ser pagas até o quinto dia útil do mês seguinte ao trabalhado, de acordo com o previsto no § 1º do art. 459 da CLT

[32] § 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

[33] A Súmula 364 do TST há tempos garante a percepção do adicional de periculosidade na exposição intermitente ao risco. Comenta-se aqui, apenas, de sua base de cálculo, que nos termos do art. 193 § 1º da CLT será o salário do trabalhador, sem acréscimos [ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. I - **Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco**. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-Ojs da SBDI-1 nºs 05 - inserida em 14.03.1994 - e 280 - DJ 11.08.2003)*] (grifou-se) II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT).)*

[34] Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo

mesmo diante da exposição intermitente, determinando seu cálculo sobre o salário mínimo nacional[35], não autorizando reduções.

f) DAS FÉRIAS

Quanto às férias, pode-se dizer que o §9º do art. 452-A[36] se refere à usufruição de descanso anual, uma vez que as férias com 1/3 foram pagas paulatinamente, à medida dos acertos das convocações, ao longo do respectivo período aquisitivo. Não se aplicam aqui, portanto, os critérios do art. 130 da CLT no que pertine aos abatimentos proporcionais das faltas injustificadas.

Com a MP 808/2017 passou-se a admitir o fracionamento das férias em até três períodos conforme a previsão do art. 134, aplicando-se, no que cabível, os demais dispositivos do capítulo de férias, como o artigo 135 da CLT, que prevê a necessidade de aviso ao empregado sobre a concessão das férias com um mês de antecedência. Expirada a vigência da MP, a Portaria Ministerial em seu artigo 2º, §1º passou a suprir a lacuna por esta deixada, admitindo o fracionamento das férias mediante mútuo acordo[37].

g) CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FGTS

Os recolhimentos de contribuições previdenciárias[38] e os depósitos de FGTS são obrigatórios no contrato intermitente e tomarão como base os valores efetivamente pagos aos trabalhadores. Os depósitos mensais do FGTS não poderão ser substituídos por

---

[35] Neste sentido: "RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PROPORCIONAL AOS DIAS TRABALHADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O Regional reformou a sentença para determinar que os valores referentes ao adicional de insalubridade fossem apurados de acordo com os dias efetivamente trabalhados, conforme registrados nos cartões de ponto, excluindo-se do cálculo os dias de afastamento relativos às férias, licenças e ausências injustificadas do reclamante. **Ocorre que o art. 192 da CLT prevê apenas que o cálculo do adicional de insalubridade será feito segundo a correspondência entre o percentual do salário mínimo e a classificação das condições insalubres nos graus máximo, médio e mínimo. Não há, portanto, nenhuma previsão legal que determine o pagamento da parcela de forma proporcional aos dias efetivamente trabalhados, sendo indevida tal limitação**. Recurso de Revista conhecido e provido. " (TST – RR: 810003920125130026, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/03/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2017). (grifou-se)

[36] Art. 452-A, § 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

[37] O empregado, mediante prévio acordo com o empregador, poderá usufruir suas férias em até três períodos, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 134 da Consolidação das Leis do Trabalho.

[38] Dos empregados, retidas dos respectivos pagamentos e dos empregadores, calculadas sobre a folha de salários, conforme arts. 20 e 23 da Lei 8212/91.

pagamentos diretos ao empregado, devendo ser depositados na sua conta vinculada de FGTS.

No tocante à contribuição previdenciária, o empregador procederá com o empregado intermitente da mesma forma que procede com relação ao empregado contínuo: fará os recolhimentos, inclusive em nome do trabalhador (INSS)[39], o que é reiterado pela Portaria nº 349/2018[40]. Neste particular, a MP inovava e era mais protetiva, ao permitir a complementação das contribuições pelo próprio empregado, quando o valor mensal fosse inferior ao mínimo legal[41], evitando o descarte dos períodos e/ou a perda de cobertura nos benefícios contributivos. A MP, ainda, assegurava a cobertura dos trabalhadores enfermos ou das trabalhadoras gestantes desde o primeiro dia de incapacidade e diretamente pelo INSS.

A previsão não se repetiu na Portaria Ministerial após a perda de validade da MP, estando o trabalhador intermitente, hoje, em verdadeiro limbo normativo quanto aos reflexos previdenciários de seu contrato.

h) VERBAS RESCISÓRIAS

A letra pura da Lei nº13.467/2017 também não conseguiu disciplinar de forma eficiente a extinção do contrato intermitente, o que vinha bem posto na MP. Novamente a Portaria nº 349/2018[42] tenta contemporizar o quadro, sem a precisão e completude da

[39] Art. 452-A, § 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações

[40] Art. 6º No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

[41] Vide art. 452-H cumulado com art. 911-A, inseridos na CLT pela MP 808/2017. Art. 452-H. No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações, observado o disposto no art. 911-A. Art. 911-A O empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do trabalhador e o depósito do FGTS com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. § 1º Os segurados enquadrados como empregados que, no somatório de remunerações auferidas de um ou mais empregadores no período de um mês, independentemente do tipo de contrato de trabalho, receberem remuneração inferior ao salário mínimo mensal, poderão recolher ao Regime Geral de Previdência Social a diferença entre a remuneração recebida e o valor do salário mínimo mensal, em que incidirá a mesma alíquota aplicada à contribuição do trabalhador retida pelo empregador. § 2º Na hipótese de não ser feito o recolhimento complementar previsto no § 1º, o mês em que a remuneração total recebida pelo segurado de um ou mais empregadores for menor que o salário mínimo mensal não será considerado para fins de aquisição e manutenção de qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social nem para cumprimento dos períodos de carência para concessão dos benefícios previdenciários.

[42] Art. 5º As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. Parágrafo único. No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas

Medida Provisória[43]. O ajuste rescisório se fará observando a motivação da extinção e, daí as verbas respectivas. Reitere-se que algumas parcelas já terão sido pagas ao trabalhador ao longo da relação (férias e 13º salário, por exemplo), sendo necessários ajustes e compensações no termo rescisório. Por interpretação literal da norma ministerial, é possível aduzir que o aviso prévio, em se tratando de contrato intermitente, será indenizado, já que se indica a forma de seu cálculo, nada mencionando sobre o aviso prévio trabalhado.

Será utilizada a média aritmética simples para o cálculo de parcelas trabalhistas que necessitem destes parâmetros, tais como aviso prévio indenizado, férias com 1/3 e 13º salário[44]. Aviso e ajuste rescisório devem observar o prazo do art. 477 § 6º, atualmente uniformizados em 10 dias (contínuos), contados do término do contrato. Admite-se no pacto intermitente, a extinção contratual por mútuo acordo, prevista no art. 484-A da CLT[45], pela qual o aviso indenizado e o acréscimo rescisório do FGTS serão pagos por metade.

i) LEVANTAMENTO DO FGTS, SEGURO DESEMPREGO E QUARENTENA

remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior

[43] Art. 452-D. Decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente. Art. 452-E. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os art. 482 e art. 483, na hipótese de extinção do contrato de trabalho intermitente serão devidas as seguintes verbas rescisórias: I - pela metade: a) o aviso prévio indenizado, calculado conforme o art. 452-F; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; e II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. § 1º A extinção de contrato de trabalho intermitente permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, limitada a até oitenta por cento do valor dos depósitos. § 2º A extinção do contrato de trabalho intermitente a que se refere este artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. Art. 452-F. As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente. § 1º No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior. § 2º O aviso prévio será necessariamente indenizado, nos termos dos § 1º e § 2º do art. 487. Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado. Art. 453. No tempo de serviço do empregado, quando readmitido serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave ou tiver recebido indenização legal.

[44] Para os quais se observarão, "apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior."

[45] Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas: **I - por metade: a) o aviso prévio, se indenizado**; e b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1o do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990; II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas. (grifou-se).

A extinção contratual permite, ainda, a movimentação dos depósitos realizados na conta vinculada do FGTS[46] e, a depender da motivação da rescisão e dos requisitos próprios, o benefício previdenciário do Seguro Desemprego[47].

A Medida Provisória havia criado espécie de norma de contenção, pela qual (e até dezembro de 2020) proibia-se a contratação no interregno de 18 meses[48] de um ex-empregado, antes contínuo e a tempo integral como intermitente, o que não se reiterou na Portaria nº 349/2018.

Longe de resolver todas as lacunas e dúvidas decorrentes da utilização do Contrato Intermitente, este estudo buscou explicitar seus detalhes e apontar formas mais seguras para seu uso. Sem dúvidas, trata-se de modalidade de pacto da qual a sociedade atual carece, justamente para o fim de inserir mais trabalhadores no cenário do emprego, alcançando-lhes para além do direito fundamental ao trabalho, as garantias mínimas da contratação digna, previstas no art. 7º da CF.

CONCLUSÃO

Há tempos se percebe que a onda flexibilizatória bate às portas do mercado de trabalho brasileiro, impulsionada por idênticos movimentos em âmbito internacional. Este texto aponta que o contrato intermitente, apesar de algumas fragilidades regulatórias, pode ser vislumbrado como mecanismo de inclusão e pacificação.

Inclusão dos trabalhadores tradicionalmente excluídos do mercado formal de trabalho no cenário regular do emprego, entregando-lhes as garantias constitucionais próprias. Pacificação, pois dada a cultura nacional, a positivação de uma relação impõe as condutas e estabelece as bases e limites, o que foi importante para admitir a dinâmica regular do trabalho subordinado não continuado.

O contrato intermitente brasileiro exige forma específica (expressa e escrita) sob pena de desconfiguração do contrato sob tal regime. Impõe, ainda, a previsão da avença das

[46] Vide Lei do FGTS. Fato novo foi trazido pelo art. 484-A § 1º da CLT, que inseriu o inciso I-A ao art. 20 da Lei do FGTS, determinando que o empregado poderá movimentar até 80% dos depósitos no caso de extinção contratual por mútuo consentimento. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm

[47] Consultar o site do Ministério do Trabalho: http://www.trabalho.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal

[48] Art. 452-G. Até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderá prestar serviços para o mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado

condições contratuais mínimas (salário, sistema de chamada e de resposta, etc.) e resguarda os direitos mínimos trabalhistas (igualdade salarial e demais direitos previstos no art. 7º da CRFB). Além da formalização, os trabalhadores passam a ter depósitos em contas de FGTS e a receber 13º salário e férias, tudo calculado proporcionalmente ao que trabalharem e pago imediatamente à prestação do serviço. Pequenos pontos, entretanto, ainda merecem atenção: a perda de vigência da Medida Provisória nº 808/2017, por exemplo, lançou os desdobramentos previdenciários deste tipo contratual num mar de conjecturas e incertezas.

O contrato intermitente deve ser utilizado e interpretado a partir dos objetivos declarados no relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados, segundo os quais trata-se de ferramenta contratual a serviço da modernização da legislação e do enfrentamento pró-ativo do desemprego. Como já afirmado, entende-se-o positivo e arrojado, próprio de países que vislumbraram a sutileza da dinâmica relacional dos novos tempos, guiada por conceitos como flexibilidade, segurança e sustentabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALCINI, Ricardo. **Contrato de Trabalho Intermitente: pontos positivos e negativos**. https://www.megajuridico.com/contrato-de-trabalho-intermitente-pontos-positivos-e-negativos/. Acessado em 25 Out 2018.

CAVALCANTE, R.A; DO VAL, Renata. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017.

FINCATO, D.P. Reforma Laboral no Brasil – Tópicos**. I Colóquio Hispano-Brasileiro Direito do Trabalho e Reformas**. Disponível em e-book **https://issuu.com/unifatos/docs/i_coloquio_hispano_brasileiro_downl**. Cascavel: UNIVEL, 2017.

FINCATO, D.P.; MORAES, S.G. Reforma Trabalhista e Trabalho Intermitente: Impactos Previdenciários. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: LexMagister, 2018. v. 46. ago/set. p.5-18

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. **Consultor Juridico.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente> acesso em 05 set 2017.

LIMA, F.M.M de; LIMA, F.P.R.M. de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto a ponto**. São Paulo: LTr, 2017.

PRETTI, Gleibe. **Trabalhador Intermitente na Prática**. São Paulo: LTr, 2018.

Brinco, logo existo! Contribuições do marco legal da primeira infância para a efetivação do direito ao brincar como expressão do direito à felicidade e ao desenvolvimento de crianças no brasil

Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci[1]

Michelle Asato Junqueira[2]

Em minha casa reuni brinquedos pequenos e grandes, sem os quais não poderia viver. O menino que não brinca não é menino, mas o homem que não brinca perdeu para sempre o menino que vivia nele e que lhe fará muita falta.
Pablo Neruda

Sumário: 1. Introdução. 2.Em busca do Direito à Felicidade: percurso histórico de instrumentos normativos de proteção à criança. 3.Brincar para desenvolver: esta é a receita do Marco Legal da Primeira Infância. 4. Conclusões. 5. Referências Bibliográficas.

1.Introdução

O que uma criança precisa para ser feliz? [3] A começar por nós, a resposta poderia tender ao infinito, contudo, arriscamos dizer que brincar estaria escolhido por ela como aquilo que pode lhe fazer mais feliz.

[1] Pós- Doutoranda em Direitos Humanos e Democracia pelo Ius Gentium da Universidade de Coimbra. Pós-Doutora em Direitos Humanos e Trabalho pelo Centro de Estudos Avançados da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Pós-Doutora em Novas Narrativas na Escola de Comunicações e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP). Doutora e Mestre pela PUC/SP. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade São Judas Tadeu.

[2] Mestre e Doutora em Direito Político e Econômico, ambos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional com extensão em Didática do Ensino Superior. Membro Permanente do Grupo de Pesquisa CNPq e "Estado e Economia". Vice-líder dos grupos de pesquisa "Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania" e "CriADirMack – Direitos da Criança e do Adolescente no Século XXI. Coordenadora de Pesquisa e TCC da Faculdade de Direito da UPM. Professora Universitária.

[3] Sobre o conceito clássico de felicidade ver "Ora, esse é o conceito que preeminentemente fazemos da felicidade. É ela procurada sempre por si mesma e nunca em outra coisa, ao passo que à honra, ao prazer, à razão e a todas as virtudes nós de fato escolhemos por si mesmos (pois, ainda que nada resulte daí, continuaríamos a escolher cada um deles); mas também os escolhemos no interesse da felicidade". ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção Os Pensadores. 4. ed. São Paulo: Nova Cultual, 1991. v. II. Coleção Os Pensadores. p. 14.

A partir desta ilustração a felicidade poderia ser considerada como um ideal individual, etéreo, variável e de absoluta dificuldade de acesso. Ao mundo infantil a ilação do que é ser feliz poderia vir recheada de personagens, fábulas, fantasias, mascotes e imaginação, muita imaginação. Entretanto, ao Direito cabe trabalhar com conceitos factíveis, aplicáveis, programáticos e pragmáticos. E é este o desafio do presente artigo, articular o direito à felicidade, como direito fundamental implícito na Constituição Federal de 1988 e o direito ao brincar, que consideramos como direito ao desenvolvimento digno de crianças, em especial, a que serão destinatárias de nossa atenção, de zero a seis anos de idade, e que chamamos de sujeitos de direito em grau superlativo à luz da novel legislação, o Marco Legal da Primeira Infância Brasileiro.

Nossas indagações primeiras partem de se compreender o sistema constitucional é responsável não só por sua estruturação do funcionamento do Estado como também por estabelecer os direitos fundamentais, representando, assim, o pacto social de um povo. A partir daí, a Constituição traça a atuação do Estado e o proceder de cada um dos poderes.

Seria, portanto, o Estado responsável por promover a felicidade? A felicidade é mensurável? É a mesma para todos e para qualquer um?

No âmbito nacional, a Constituição de 1988 não faz menção à felicidade, ao contrário do contido em Constituições como a dos Estados Unidos da América, Coreia do Sul e Butão, mas pode ser extraído de todo o contexto da Constituição Social e Dirigente que edifica o Estado Brasileiro.

Ao traçar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e ao estabelecer objetivos que permeiam a igualdade, a liberdade e a Justiça Social, não há como se afastar o complexo sistema dos Direitos Fundamentais do Direito à Felicidade ou, ao menos, no direito à busca da felicidade.

2.Em busca do Direito à Felicidade: percurso histórico de instrumentos normativos de proteção à criança

Seria, portanto, o Estado responsável por promover a felicidade? A felicidade é mensurável? É a mesma para todos e para qualquer um? No âmbito nacional, a Constituição de 1988 não faz menção à felicidade, ao contrário do contido em Constituições como a dos Estados Unidos da América, Coreia do Sul e Butão, mas pode ser extraído de todo o contexto da Constituição Social e Dirigente que edifica o Estado Brasileiro.

Ao traçar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República[4] e ao estabelecer objetivos que permeiam a igualdade, a liberdade e a Justiça Social, não há como se afastar o complexo sistema dos Direitos Fundamentais do Direito à Felicidade ou, ao menos, no direito à busca da felicidade. A grande indagação quanto ao tema e sua positivação no Direito Brasileiro com status constitucional e bússola hermenêutica do intérprete reside no conceito de felicidade e como alcançá-lo e trazemos preliminarmente à colação esta citação que se traduz como ferramenta pragmática para compreensão do conceito a ser jurisdicizado no Texto Magno de 1988:

> Quais as relações entre o processo civilizatório e a felicidade humana? Os benefícios da civilização são tangíveis e passíveis de mensuração. Um conjunto expressivo de indicadores biomédicos, sociais e econômicos atesta os ganhos objetivos em termos de longevidade, saúde, escolarização, acesso a bens de consumo e tantos outros feitos derivados do progresso científico e do aumento da produtividade. Mas quais têm sido os efeitos de todas essas brilhantes conquistas no tocante à felicidade, ou seja, tendo em vista a nossa satisfação em viver e o grau de realização que esperamos e alcançamos em nossas vidas? Até que ponto a civilização moderna tem promovido ou dificultado a busca da felicidade?[5]

Também por ocasião das discussões da Assembleia Nacional Constituinte, responsável pela construção do texto da Constituição Cidadã, na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, Florestan Fernandes apresentou a Emenda 34, que visava a conjugação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação e à felicidade como imprescindíveis em todas as fases do desenvolvimento da criança. Contudo, a Emenda foi considerada prejudicada, sob o argumento que: "Não podemos garantir, no texto constitucional, o direito à felicidade, mas, sim, à vida, à saúde e à alimentação, fatores essenciais ao pleno desenvolvimento do ser humano e, pois, à sua felicidade e realização pessoal".

[4] Nesse sentido da complementariedade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da felicidade, Milene Schlösser Rehbein e Candisse Schirmer enfatizam que : "Tendo o indivíduo estabelecido a felicidade como objetivo central de sua vida, buscando-a onde quer que esteja, esse sentimento passou a ser assegurado pelo ordenamento jurídico por meio da instituição da guarda compartilhada, separação, divórcio, adoção por casais homossexuais, além de tantos outros direitos. Dessa forma, a dignidade e a afetividade estão inteiramente vinculadas, desde o nascimento até o desenvolvimento, uma vez que não existe dignidade sem o recebimento de afetividade, bem como a afetividade sem o direito à dignidade; assim sendo, são princípios que se complementam". REHBEIN, Milene Schlösser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 1st August 2010, v. 5 (2). Disponível em: . Acesso 24 dez. 2016.

[5] GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade.** Diálogos sobre o bem estar da civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.10. Disponível em: <http://baixardownload.jegueajato.com/Eduardo%20Giannetti/Felicidade%20(461)/Felicidade%20-%20Eduardo%20Giannetti.pdf> Acesso em: 10.ago.2018.

Ainda, na Emenda 189, esta parcialmente aprovada e também proposta por Florestan Fernandes, discutia-se, conforme a justificativa apresentada, os elementos cruciais ao crescimento biológico, psicológico e cultural da criança (ainda chamada de 'menor"), com a garantia do bem estar pleno que dá sentido à vida. Nesta emenda, vida, saúde, alimentação, proteção de um lar, educação, recreação e felicidade são enumerados como inerentes aos prazeres e aos valores da infância e da juventude.

Há, portanto, como se observa uma correlação do direito à felicidade como expressão sinônima de bem-estar.[6]Ao eleger como a base o que se convencionou nominar de "Doutrina da Proteção Integral", quis o legislador sublinhar a necessidade de proteção plena e especial ao público infantojuvenil, a qual se justifica em virtude da maturidade física e mental em desenvolvimento.

Deve ser dito que para a arquitetura dos direitos infanto-juvenis na Constituição Federal de 1988 muitos textos normativos internacionais foram conclamados para aportes paradigmáticos e nestes textos há menções à felicidade como direito das crianças e adolescentes. Em um primeiro momento necessário se faz citar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, que deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.*

Ademais, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 da Organização das Nações Unidas declarou expressamente que " *a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, dos direitos e das liberdades".*

A Organização das Nações Unidas, em assembleia realizada em 13 de julho de 2011, conceituou a busca da felicidade como meta fundamental humana, cabendo citar:

[6] Neste sentido ver "A felicidade da superação das fomes humanas, inclusive do respeito aos direitos humanos, que correspondem à idéia da dignidade humana, atualmente é esperança. Mas não é "mera esperança", como algo que se posterga indefinidamente e deva ser classificado entre as ilusões ou, quem sabe, entre as superstições da humanidade. É esperança fundada na realidade, porque o desenvolvimento científico e técnico e a capacidade de produção dos homens já tornou este sonho apto a tornar-se realidade, só sendo necessária a conjunção das condições objetivas com as subjetivas, ou seja, a superação da "estultice culpada", dos enganos e desvios políticos e morais, da decisão humana e da liberdade. Em outros termos, para que a felicidade coletiva possa começar a tornar-se realidade, o desenvolvimento necessário é mais do plano da "vontade política", do aperfeiçoamento cultural e psicológico, do que antes se diria como "espírito", pois as condições materiais estão dadas." ALBORNOZ, S. G. **Ernst Bloch e a Felicidade Prometida**. Revista Possibilidades, a. 02, n. 5, p. 6-9, 2005. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2018.

> [...] reconhecendo a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável e atingir as Metas de Desenvolvimento do Milênio, 1. Convida os Estados Membros a
>
> perseguirem a elaboração de indicadores adicionais que melhor capturem a importância da busca da felicidade e do bem-estar no desenvolvimento, com vistas a orientar suas políticas públicas [...].

Quanto ao tema merece destaque a Proposta de Emenda Constitucional, a PEC 19/2010, de autoria do senador Cristovam Buarque que tramitou no Senado Federal buscando alterar o art. 6º, com a vocação de comungá-los como um conjunto essencial de direitos necessários para a busca da felicidade. Para Buarque a positivação desse direito se faz indispensável para a humanização da política, deixando de ser o desempenho da sociedade brasileira medido apenas pela Renda *per capita* (PIB), mas sim em consonância com direitos sociais e políticos, cabendo ao Estado atingir este objetivo:

> Felicidade é uma questão pessoal, mas o caminho para ela depende do entorno social onde a pessoa vive; e esse entorno é construído ou desconstruído pela política, pela família, cidade, país e até mesmo pelo mundo. Por isto, o caminho para a busca da felicidade pessoal depende das políticas que administram a sociedade.[7]

Há uma linha de linha de pensamento de que advoga que o Direito à felicidade encontra-se de forma explícita na CF/88 e se traduz como um dos corolários do Estado de Bem-Estar social :

> O que defendemos, portanto, é que a Constituição Federal de 1988 ampara o direito à felicidade explicitamente, quando trata do bem-estar e, implicitamente, quando possibilita que ele ingresse no ordenamento jurídico brasileiro aliado a outros dispositivos constitucionais, como o direito à liberdade (direito à busca da felicidade) ou o direito à saúde (direito prestacional à felicidade). [8]

Consideramos que o direito à felicidade no âmbito da salvaguarda de crianças e adolescentes encontra-se traduzido nos princípios da proteção integral e prioridade absoluta declarados constitucionalmente como os núcleos essenciais da temática.

Proteção integral e prioridade absoluta encontram seus fundamentos nos diplomas internacionais paradigmáticos bem como são os responsáveis pela arquitetura de legislações projetivas no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente com destaque, em especial,

[7] BUARQUE, Cristovam. **Felicidade e política**. Disponível em:<http://www.lexml.gov.br>. Acesso em: 07 set. 2018.

[8] LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade.** São Paulo: Almedina, 2017, p.271.

para o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8069/90, bem como o Marco Legal da Primeira Infância, Lei 13.257/2016, ambos voltados para a articulação de políticas públicas de desenvolvimento infanto-juvenil.

Busca da felicidade como direito constitucional ao desenvolvimento, ao bem-estar social e para a consolidação de sujeitos de direito em desenvolvimento a concretude se faz presente no necessário protagonismo do Estado na efetivação de Direitos Sociais em prol de crianças e adolescentes no Brasil.

3.Brincar para desenvolver : esta é a receita do Marco Legal da Primeira Infância

A partir de um conjunto de ações voltadas à promoção do desenvolvimento infantil, desde a concepção, até os seis anos de idade, o Marco Legal da Primeira Infância se estabelece incluindo todas as esferas da Federação com a participação da sociedade, e que prevê a criação de políticas, planos, programas e serviços que visam garantir o desenvolvimento integral de mais de 20 milhões de brasileiros na faixa etária dos 0 aos 6 anos de idade.

Nos primeiros anos de vida, o desenvolvimento físico, psicológico e emocional da criança ganha contornos para transformações em grandes dimensões. Antes mesmo de nascer, ainda no ventre materno, estudos demonstram que o desenvolvimento aquém do desejado irá trazer consequências futuras e de alto impacto na vida adulta. Seguindo tais estudos, cabe destacar que a trajetória do Marco Legal do Primeira Infância tem início no ano de 2011 com a criação da Frente Parlamentar da Primeira Infância, integrada por mais de 200 parlamentares e, que depois se agremiou à Rede Nacional Primeira Infância (RNPI), articulação nacional de organizações da sociedade civil, do governo, do setor privado, de outras redes e de organizações multilaterais que atuam, direta ou indiretamente, pela promoção e garantia dos direitos da Primeira Infância.

O Estatuto da Primeira Infância, destaca o caráter vital de se atribuir a devida atenção aos primeiros seis anos de vida da criança, reforçando medidas para consolidar o conceito aqui explanado, que conceitua a criança no papel de cidadão, apto a influenciar os rumos do país, desenvolvimento histórico que agora recebe novos detalhamentos pela sociedade e pela cultura jurídica. A preocupação mais pujante se refere não somente a disponibilizar os alicerces fundamentais para a criação de um ser humano cidadão, consciente de seu papel social e do seu direito de demandar o Estado naquilo que for oponível, como também da possibilidade marcante de oferecer a criança o direito mais inerente a ela, que é o direito de

ter uma infância saudável, desenvolvendo seu aprendizado sim, mas vivenciando essa época, brincando e convivendo harmonicamente com a família e com a sociedade, uma simbiose importante para a formação mais apropriada da mesma.

Heckman expôs, em Conferência realizada durante o I Seminário Internacional do Marco Legal da Primeira Infância, na Câmara dos Deputados, em 16 de abril de 2013, que:

> As políticas devem ser sábias, levar em conta os resultados das ciências para fundamentá-las e devem ser bem planejadas para transferir capacidades. O investimento em políticas públicas para a primeira infância desde as idades mais precoces previne e melhora o estado de bem-estar e a abordagem das potencialidades do ser humano, tem impacto na redução das enfermidades crônicas das crianças pequenas, em suas habilidades sociais, cognitivas, emocionais e no rendimento e produtividade por toda sua vida.

Neste sentido, o direito ao brincar previsto no art. 17 pode ser vislumbrado como um Direito Humano indeclinável na medida em que objetiva o desenvolvimento das subjetividades infantis. Do mesmo modo quis o legislador que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fossem responsáveis pela criação de espaços lúdicos que propiciassem o bem-estar, o exercício da criatividade em locais públicos e privados, em ambientes livres e seguros nas comunidades. Estabelece de maneira vanguardista algo que pode parecer paradoxal, o retorno às origens, a construção de narrativas significadas do brincar como lazer, alteridade, vivência comunitária e a construção de uma infância livre de consumismo.

O brincar consiste em uma integração com o meio ambiente, pois atividades lúdicas propiciam a crianças a assimilação de valores, o desenvolvimento de habilidades motoras, bem como intensifica regras de sociabilização, respeito e convivência com outras crianças[9]. Também pelo brincar, a imaginação e a criatividade caminham juntas, pois no jogo de faz de conta, crianças assumem papéis diferenciados, recriam percepções e aproximam o real do imaginário.[10] O desenvolvimento da confiança, a empatia, o desenvolvimento motor, bem como mental são inerentes ao brincar.[11]

Brincar leva à autonomia e ao protagonismo, elementos nucleares do Marco Legal da Primeira Infância "Quero ser livre para brincar com a vida!". Brincando, a criança aprende a

[9] RIBEIRO, P. S. **Jogos e brinquedos tradicionais**. Petrópolis: Vozes, 1994, p.56.

[10] MOTA, M. do C.; CHAVES, P. **Brinquedoteca hospitalar "nosso cantinho": relato de uma experiência de brincar.** In: CARVALHO, A,: SALLES, F.; GUIMARÃES, M. et al. Brincar (es). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 167-180

[11] MOYLES J. **Só brincar? O papel do brincar na educação infantil.** Porto Alegre: Artmed, 2002, p. 22.

ser livre harmonizando o seu mundo interior nas suas mais variadas composições com o mundo exterior. O direito de brincar como um direito de liberdade é equilíbrio e felicidade. A liberdade faz com que a criança seja autora das escolhas que lhe interessam, fortalecendo a construção da sua autonomia de acordo com a sua lógica própria.[12]

Mas o brincar, em especial, vem se consolidando recentemente como direito humano fundamental ao desenvolvimento infantil:

> Historicamente, tem tido dificuldades em se apresentar como um direito fundamental de qualquer criança, uma vez que quando apresentado juntamente com outros, parece prevalecer uma espécie de hierarquia no discurso sobre os direitos, na qual as dimensões de provisão e proteção, como é o caso do direito a ter uma família ou a ter acesso à educação ou ainda à família, se apresentam como mais importantes, remetendo o direito a brincar para um espaço de menoridade. No entanto, não é despiciendo sublinhar que quando os direitos das crianças à sobrevivência, desenvolvimento e bem-estar são violados, tal tem impacto sobre a sua possibilidade de brincar. Igualmente, a possibilidade de as crianças poderem brincar tem um impacto sobre a sua saúde, bem-estar e desenvolvimento.[13]

O brincar é direito da criança e possibilita seu desenvolvimento pleno: O brincar é essencialmente um direito de liberdade da criança que é reconhecida como pessoa com interesses, desejos e vontades muito singulares. Por isso, deve ser garantido já que é sua realidade bem como um elemento indispensável para que ela se desenvolva de forma plena e saudável. O brincar é a manifestação da liberdade da criança e é reconhecido como um direito porque somente ela pode exercê-lo por si contando com o apoio, o respeito e o estímulo do adulto.[14]

---

[12] CURTIS, A. **O brincar em diferentes culturas e em diferentes infâncias**. *In*: MOYLES, J. A excelência do brincar: a importância da brincadeira na transição entre educação infantil e anos iniciais. Porto Alegre: Artmed, 2006, p.40.

[13] TOMÁS, C.; FERNANDES, F. **Direitos da criança, brincar e brincadeiras. In: Brincar, brinquedos e brincadeiras: modos de ser criança nos países de língua oficial portuguesa**. Maringá: Eduem, 2014, p.17.

[14] FRANCO, R.R.; BATISTA, C.V.M. **A criança e o brincar como um direito de liberdade**. *In* Anais eletrônicos VII Congresso nacional de educação – EDUCERE e V Encontro Nacional sobre ATENDIMENTO Escolar Hospitalar. Curitiba: Champagnat, 2007, p. 1446-1458. Disponível em: http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2007/anaisEvento/arquivos/CI-200-12.pdf, p.1450.Acesso em 18.out.2018.

Para Mary Eming Young, diretora do Centro de Desenvolvimento Infantil da Fundação de Pesquisa de Desenvolvimento da China e conselheira sênior do Centro de Desenvolvimento da Criança da Universidade Harvard, Young [15] há uma absoluta relação entre o direito de brincar e o direito como forma de desenvolvimento completo, holístico. E assim, o que se busca no plano internacional é a efetivação do direito ao brincar como direito ao desenvolvimento, compreendendo dimensões físicas, psíquicas, sociais, econômicas, educacionais e familiares, a partir de políticas públicas de curto, médio e longo prazo para a primeira infância.

Young salienta também que todo o processo teria por pressuposto básico o envolvimento direto das crianças nos processos, a partir de seus protagonismos e destacou "precisamos garantir que essas crianças tenham voz. Precisamos empoderá-las, entender qual a mensagem que essas crianças estão passando para a gente. Certamente a gente precisa ouvir mais as crianças e entender seus direitos para garantir que eles sejam efetivados".

Contudo, ao se falar no ato de brincar em tempos pós-modernos a ilustração que se vem à mente é o consumo, que atinge sobremaneira a população infantil. Brincar em tempos modernos é consumir, adquirir produtos, estar rodeado por equipamentos eletrônicos. O brincar em tempos contemporâneos conjuga-se com o verbo consumir e assim consome-se uma infância. Desejos de consumo são lançados aos públicos infantis, independentemente, das classes econômicas, sociabiliza-se o querer, mas não o poder. Famílias se endividam e o verbo exigir passa a ser uma constante para quem tiver um olhar sociológico mais atento nas grandes lojas para "kids", bem como nos parques de entretenimento.

Assim, já atento a este estado de coisas e conjugando esforços para consolidação do direito ao brincar, o Marco Legal da Primeira Infância declara expressamente o combate a violência das pressões consumistas e a comunicação mercadológica, merecendo toda uma engrenagem articulada de medidas jurídicas, bem como a criação de Políticas Públicas a fim de evitá-las. O direito à não exposição precoce de natureza mercadológica, considerada aqui na novel legislação como uma espécie de violência e não como quer crer muitas vezes o mercado que seria uma forma de protagonismo está na centralidade da novel legislação, cabendo citar:

> Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à

[15] **Pelo direito fundamental de ser criança**. Disponível em https://www.opovo.com.br/jornal/paginasazuis/2017/05/pelo-direito-fundamental-de-ser-crianca.html. Acesso em 22.out.2018.

> família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Importante salientar que o termo "sociedade de consumo" foi utilizado pela primeira vez por Jean Baudrillard, que enfocava a sociedade contemporânea como alvo e vítima de uma nova meta de vida, a meta do consumo. Seria uma sociedade voltada única e exclusivamente para a aquisição e o descarte de bens como foco gestor da atuação dos indivíduos. Atrelado a isto, para que as vendas se tornassem céleres combinou-se o ingrediente do fomento de "pseudonecessidades" nas pessoas, traduzindo como a imputação do "ter" sobre o "ser", ou seja, estar incluído nessa sociedade. "Pertencer" pressupõe ser um bom consumidor que compra com rapidez e descarta com a mesma velocidade. A sociedade de consumo é umas das faces do capitalismo, incentivador da produção seriada, em larga escala e de produtos programados para pouco durar, fenômeno que se denomina obsolescência programada.

Correlata a toda esta estrutura está condicionada a notabilidade do cidadão à aquisição e descarte de produtos. Cumpre dizer que a posse de objetos ultrapassados é vista como sinônimo de estupidez pelos demais membros da sociedade. Não basta apenas consumir e ter, é preciso consumir cada vez mais em um diminuto espectro de tempo. Durabilidade, perenidade são conceitos que não mais se coadunam com a sociedade de consumo, rarefeita e que se liquidifica com extrema facilidade[16]

Zygmunt Bauman considera o consumo desenfreado como uma forma de consciência coletiva e núcleo da vivência coletiva humana, os quais são os responsáveis por recepcionar também os novos sujeitos de direito, bebês ainda, quando ingressam neste mundo existencial e declara que "tão logo aprendem a ler, ou talvez bem antes, a "dependência das compras" se estabelece nas crianças. [...] Numa sociedade de consumidores, *todo mundo* precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação".

Na chamada Sociedade Pós Moderna, consumismo, felicidade e angústia se confundem e se consomem na medida em que a celeridade na aquisição, a felicidade instantânea e a angústia sequencial são elementos correlatos para a manutenção do sistema e a publicidade dirigida à criança colabora na formação de conceitos e em protagonismos voltados ao consumo, englobando a crença de uma sociedade alicerçada no ter e na exclusão

[16] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p.78.

daqueles que não possuem bens materiais destacados como objetos de desejo. Tal exclusão é responsável pela exposição à violência enquanto da infância como alvo de consumo e não como uma criança cidadã em fase de desenvolvimento.[17]

No mesmo sentido se dá com a construção dos primeiros elementos da subjetividade infantil, a qual estará adstrita aos estímulos do mundo material atuando como manipuladores dos significantes sociais. A assimilação consumista se dá de forma rápida e a aquisição dos bens materiais passam a ser não apenas um objeto em si mesmo, mas sim a sua representatividade social pautada no binômio inclusão/exclusão e assim "a boneca Z não é apenas um brinquedo, mas assume um lugar de signo, é desejada por todas as crianças; tê-la significa ter status, ser admirada, respeitada e invejada por outros".[18]

Pressões consumistas também se fazem constantes na aparição frenética de inúmeros portais dirigidos ao público infantil e alojados na internet, por meio das atividades lúdicas, coloridas, games e jogos, as memórias das crianças ainda em fase de desenvolvimento vão sendo gravando e associando marcas, personagens e produtos como estímulos positivos.[19]

Divertimento, excitação e experiências de aprendizado são falas recorrentes de crianças para usar a mídia de forma abundante e sem reservas, exercendo sobre elas experiências de aprendizado para a inclusão e acompanhamento dos acontecimentos.[20]. Diante desta efervescência de possibilidades, a crença na mídia como educadora ganha espaço e a noção de manipulação no discurso passa longe dos holofotes. As contribuições no campo da formação cognitiva desenvolvidas por Piaget são alicerces notáveis para a compreensão do desenvolvimento infantil na chamada Primeiríssima Infância, consumir pode ser um ato político e refletido, mas pode também trazer graves consequências para a consolidação da personalidade infantil, na medida em que as pressões mercadológicas podem ser consideradas como formas de violência, cabendo citar:

[17] OLMOS, Ana. **Publicidade dirigida à criança: violência invisível contra a infância**. Constr. psicopedag., São Paulo , v. 19, n. 19, p. 34-46, 2011 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-95420110002000003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 set. 2018.

[18] PEREIRA, Rita Marisa Ribes et al. **Ladrões de sonhos e sabonetes: sobre os modos de subjetivação da infância na cultura do consumo**. *In*: SOUZA, Solange Jobim (Org.). Subjetividade em Questão: A infância como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2005, p. 106.

[19] KARAGEORGIADIS, Ekaterine; TOLEDO, Renato. **A comunicação mercadológica direcionada à criança na internet e a finalidade social da rede**. Pesquisa Tic Kids online Brasil, 2014, p.73.

[20] FEILITZEN, C. V.; BUCHT, C. **Perspectivas sobre a criança e a mídia**. Brasília, UNESCO, SEDH\ Ministério da Justiça, 2002, p.79.

A precocidade das interações entre a criança e seu ambiente sociocultural é evidenciada na assimilação da cultura do consumo, pela infância, desse contexto, em que ela se vê bastante exposta aos estímulos das propagandas e ao bombardeio feito pelo mercado através das mídias. Essa faixa etária marca a inserção da criança no mundo do consumismo devido ao seu egocentrismo, ao surgimento da linguagem e às primeiras relações sociais, de forma que tais particularidades atuam em harmonia com as estratégias das empresas para atingir o público infantil.[21]

A exposição excessiva aos apelos de consumo, o ter como base para uma existência "feliz" se traduz como senha para ingresso e pertencimento ao mundo pós-moderno, responsável por rotular e etiquetar sociamente as pessoas, não havendo espaço para o protagonismo infantil como base do desenvolvimento. Para o atingimento desta meta cultural "ter" igual a "ser", anteriormente vinculada apenas aos adultos, todas as formas para se chegar lá são permitidas, e até mesmo as que causem danos para si e para outrem[22]. Há uma massificação dos sentimentos negativos entre eles, desejos infinitos de consumir, inveja, ira, tristeza, angústia e até mesmo a ocorrência de deslizes criminógenos. Há a disseminação da cultura do conflito nas relações sociais, entre eles, na escola, na família e na comunidade.

A outra face do consumo é a exclusão o que gera a violência por não pertencer e por buscar meios de pertencer, com a consequente discriminação e hierarquização de grupos sociais,[23] exercendo ainda maior influência e manipulação em crianças da Primeira Infância que não possuem as reais dimensões da noção de pertencimento e cidadania política, passando a desejar o ter como forma de serem enxergadas pela sociedade.Há uma inversão absoluta na noção de cidadania posto que temas correlatos ao consumismo tais como aquisição e exclusões vão sendo apresentados da pior maneira possível ao público infantil "coloridos" pelo desejo e pela retórica da sedução ratificando o mercado produtor de necessidades e desejos incessantes.

No momento em que a sociedade elege como valor determinadas situações como, por exemplo, a ascensão social, o lucro, o enriquecimento a qualquer preço, sem propiciar uma correspondente oportunidade de se alcançar estes objetivos, cria-se um estado de

[21] MOURA, Tiago Bastos de; VIANA, Flávio Torrecilas; LOYOLA, Viviane Dias. Uma análise de concepções sobre a criança e a inserção da infância no consumismo. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília , v. 33, n. 2, p. 474-489, 2013 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24.set.2018.

[23] CAMURRA, L. **O sujeito contemporâneo e a mediação docente na cultura da mídia**. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.

anomia, no qual o cidadão não consegue, por vias legais, atender àquilo que os outros esperam dele. Mas é possível fazer diferente e o próprio Marco Legal da Primeira Infância em sua articulação dogmática oferece uma rede conjugada de esforços para a alteração deste estado de coisas, ao centrar como temas nucleares o direito ao brincar como direito ao desenvolvimento infantil.

4. Conclusões

Enfatizamos que o direito à felicidade ao ser considerado como um conceito indeterminado, etéreo ou apenas no plano na idealidade pode obstaculizar a sua efetiva dogmatização e pragmatismo. Ao contrário disso ao pensarmos na busca da felicidade como direito constitucional ao desenvolvimento, ao bem-estar social e para a consolidação de sujeitos de direito em desenvolvimento, a concretude se faz presente no necessário protagonismo do Estado na efetivação de Direitos Sociais em prol de crianças com incentivo incessante em Políticas Públicas de curto, médio e longo prazo, voltadas ao direito ao brincar como corolário do direito ao desenvolvimento, bem como uma intensa articulação para o combate à comunicação mercadológica e exagerada de consumo, eis aí a melhor forma de se concretizar o direito à felicidade a partir da primeira infância brasileira.

5.Referências bibliográficas

ALBORNOZ, S. G. **Ernst Bloch e a Felicidade Prometida**. Revista Possibilidades, a. 02, n. 5, p. 6-9, 2005. Disponível em: . Acesso em: 21 out. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Coleção Os Pensadores. 4. ed. São Paulo: Nova Cultual, 1991. v. II. Coleção Os Pensadores.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p.78..

BUARQUE, Cristovam. **Felicidade e política**. Disponível em:<http://www.lexml.gov.br>. Acesso em: 07 set. 2018.

CAMURRA, L. **O sujeito contemporâneo e a mediação docente na cultura da mídia**. 2010. 95f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.

CORSARO, W. **Sociologia da infância**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CURTIS, A. **O brincar em diferentes culturas e em diferentes infâncias**. *In*: MOYLES, J. A excelência do brincar: a importância da brincadeira na transição entre educação infantil e anos iniciais. Porto Alegre: Artmed, 2006, p.40.

FEILITZEN, C. V.; BUCHT, C. **Perspectivas sobre a criança e a mídia**. Brasília, UNESCO, SEDH\ Ministério da Justiça, 2002.

FRANCO, R.R.; BATISTA, C.V.M. **A criança e o brincar como um direito de liberdade**. *In* Anais eletrônicos VII Congresso nacional de educação – EDUCERE e V Encontro Nacional sobre ATENDIMENTO Escolar Hospitalar. Curitiba: Champagnat, 2007, p. 1446-1458. Disponível em:

Brinco, logo existo! Contribuições do marco legal da primeira infância para a efetivação do direito ao brincar como expressão do direito à felicidade e ao desenvolvimento de crianças no brasil
http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2007/anaisEvento/arquivos/CI-200-12.pdf, p.1450.Acesso em 18.out.2018.
GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade.** Diálogos sobre o bem estar da civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.10. Disponível em: <http://baixardownload.jegueajato.com/Eduardo%20Giannetti/Felicidade%20(461)/Felicidade%20-%20Eduardo%20Giannetti.pdf> Acesso em: 10.ago.2018.
KARAGEORGIADIS, Ekaterine; TOLEDO, Renato. **A comunicação mercadológica direcionada à criança na internet e a finalidade social da rede**. Pesquisa Tic Kids online Brasil, 2014, p.73.
LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade.** São Paulo: Almedina, 2017.
MOTA, M. do C.; CHAVES, P. **Brinquedoteca hospitalar "nosso cantinho": relato de uma experiência de brincar.** In: CARVALHO, A,: SALLES, F.; GUIMARÃES, M. et al. Brincar (es). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005. p. 167-180.
MOURA, Tiago Bastos de; VIANA, Flávio Torrecilas; LOYOLA, Viviane Dias. **Uma análise de concepções sobre a criança e a inserção da infância no consumismo**. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília , v. 33, n. 2, p. 474-489, 2013 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932013000200016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24.set.2018.

MOYLES J. **Só brincar? O papel do brincar na educação infantil.** Porto Alegre: Artmed, 2002.
OLMOS, Ana. **Publicidade dirigida à criança: violência invisível contra a infância**. Constr. psicopedag., São Paulo , v. 19, n. 19, p. 34-46, 2011 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-95420110002000003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 24 set. 2018.
PEREIRA, Rita Marisa Ribes et al. **Ladrões de sonhos e sabonetes: sobre os modos de subjetivação da infância na cultura do consumo**. *In*: SOUZA, Solange Jobim (Org.). Subjetividade em Questão: A infância como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Sete Letras, 2005, p. 106.
REHBEIN, Milene Schlösser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no Estado Democrático de Direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 1st August 2010, v. 5 (2). Disponível em: . Acesso 24 dez. 2016.
RIBEIRO, P. S. **Jogos e brinquedos tradicionais**. Petrópolis: Vozes, 1994.
TOMÁS, C.; FERNANDES, F. **Direitos da criança, brincar e brincadeiras. In: Brincar, brinquedos e brincadeiras: modos de ser criança nos países de língua oficial portuguesa**. Maringá: Eduem, 2014.

Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais.

Thaís Cíntia Cárnio[1]

Fernando Rodrigues da Motta Bertoncello[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. Volatilidade cambial e suas modalidades. 3. Aspectos jurídicos de mecanismos de proteção contra a variação cambial. 3.1. Seguro de risco político. 3.2. *Swap* cambial. 3.3. Fundos cambiais. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. Introdução

Os contratos internacionais estão constantemente sujeitos à volatilidade do mercado cambial. Principalmente quando se considera a participação de países latino-americanos, verifica-se a corrente preocupação da parte devedora em relação à taxa de câmbio que será praticada à época do pagamento, em especial pela prática comum de os preços serem estipulados em Euros ou dólares norte-americanas.

Ocorre que essas moedas são frequentemente mais valorizadas que as moedas nacionais dos países acima mencionados. Por esse motivo, é importante a análise das situações em que a volatilidade da moeda deixa de ser um fato previsível e passa a causar onerosidade excessiva ao contrato.

Outro ponto relevante é a possibilidade de mitigação de riscos à parte pagante, para que seja possível proteger-se da variação cambial e viabilizar o adimplemento dos valores devidos à parte credora. Para tanto, podem ser celebrados contratos específicos para esse fim, ou adotados investimentos em caráter preventivo, cada qual com seus próprios contornos jurídicos.

A análise desses aspectos será o foco do presente estudo.

2. Volatilidade cambial e suas modalidades

[1] Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
[2] Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais.

Considera-se volatilidade cambial as oscilações das taxas de câmbio no mercado financeiro, ou seja, a alteração do valor das moedas, umas em relação às outras. Essas variações impactam os contratos internacionais indexados a moedas conversíveis e modificam o preço final combinado entre as partes.

A moeda conversível é aquela que pode ser utilizada para liquidar transações financeiras livremente, sem qualquer restrição ou obstáculos a compra e venda. Sua utilização é fundamental para operações relacionadas ao comércio exterior, essenciais para manutenção de balança comercial nacional, e transações financeiras e não financeiras realizadas entre pessoas domiciliadas no país com outras de domicílio estrangeiro.

A variação cambial sujeita-se a fatores de origem doméstica, como também sofre influência de fatores internacionais, totalmente fora do controle nacional, variando desde fatores climáticos, até deliberações governamentais estrangeiras.

Essas inter-relações podem ser melhor compreendidas com a análise da evolução do sistema monetário internacional e seus efeitos sobre o valor da moeda.

No período de 1880 a 1914, os acordos internacionais utilizavam como parâmetro de valoração das moedas o preço do ouro, justamente por esse motivo ficou conhecido como "padrão-ouro". Esse regime sustentava-se em três pontos principais: a conversibilidade das moedas em ouro, a livre movimentação internacional desse metal e a adoção de um conjunto de regras que demonstravam a quantidade de moeda em circulação no país, em relação ao estoque de ouro nessa mesma localidade. [3]

Esse padrão vigorou até Primeira Grande Guerra Mundial, pois assegurava a estabilidade de preços ao limitar a capacidade de ação das autoridades monetárias domésticas, evitando desequilíbrio no balanço de pagamentos. O padrão-ouro era considerado especialmente eficaz pois o preço do ouro era definido internacionalmente, e o volume de ouro e moeda de cada país, que também compunham essa fórmula, possibilitavam o estabelecimento de uma paridade fixa entre o preço do metal e as moedas de cada um dos países, limitando a interferências de um ou outro país, isoladamente.

Em que pese sua eficácia, houve necessidade de alterar esse regime em vista da escassez do metal que lhe servia como lastro. Assim, a partir de 1920, instituiu-se o padrão câmbio-ouro, no qual os bancos centrais compunham suas reservas com ouro e moedas que

[3] STRINGHINI, Vera Teresinha Daniel. **Os regimes cambiais no Brasil: uma análise da influência das variações cambiais sobre os preços de mercado na década de 90.** Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4290/000409753.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 Out 2018.

tivessem um preço fixo em ouro. Uma vez constituídas, a taxa de câmbio da moeda nacional era definida conforme os níveis dessas reservas.

A partir da Segunda Grande Guerra Mundial, o sistema monetário internacional passou a ser conhecido como Sistema de Bretton Woods. Dirigido por regulações do Fundo Monetário Internacional (FMI), criado com o objetivo de assegurar a estabilidade do sistema monetário internacional.[4] Tal sistema retratava as possíveis modalidades de organização do mercado cambial combinadas com a produção de ativos de reservas internacionais. [5]

Nesse mesmo cenário, é fundado o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), conhecido como Banco Mundial, que tinha por escopo financiar a reconstrução de países destruídos pela Segunda Grande Guerra Mundial.

Juntos, FMI e BIRD, buscavam dar estabilidade ao Sistema de Bretton Woods, cooperando para arrefecer eventuais desequilíbrios das moedas dos países participantes, além de prover a liquidez necessária para financiar o desenvolvimento econômico.

Assim, os países participantes do acordo pactuam a manutenção das taxas cambiais atreladas ao dólar norte-americano, enquanto os Estados Unidos da América utilizam como parâmetro o ouro. O FMI acompanha a flutuação das taxas, sendo aceitas variações de margem de um por cento. Percentuais maiores devem ser submetidos à aprovação do FMI, com a devida fundamentação para o "desequilíbrio essencial".[6]

Posteriormente, verificou-se uma alteração significativa no cenário mundial, com a recuperação das economias europeias e enquanto os Estados Unidos apresentavam déficit na balança de pagamentos, gastos elevados com questões bélicas e com o programa espacial. Com isso, o sistema Bretton Woods desgastou-se no período de 1963 e 1973, levando o presidente americano da época, Richard Nixon, a suspender a conversibilidade da moeda norte-americana em relação ao ouro.

Após novas discussões internacionais com o objetivo de alcançar uma solução adequada para a questão cambial, em novembro de 1975, as principais nações industrializadas concordaram em modificar a regulação do FMI, passando a aceitar o regime de taxas de câmbio flutuantes.[7]

---

[4] Organização concebida em 1944, por representantes de quarenta e cinco países não participantes do bloco comunista, reunidos na cidade de Bretton Woods, em New Hampshire.

[5] INTERNATIONAL Monetary Fund. **History: cooperation and reconstruction (1944-1971).** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/histcoop.html>. Acesso em: 5 Out 2018.

[6] Idem

[7] INTERNATIONAL Monetary Fund. **The end of Bretton Woods System (1972-1981).** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/histend.htm>. Acesso em: 5 Out 2018.

Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais.

Essa modalidade perdura até hoje, sendo considerado como um "não sistema", posto que aceita qualquer tipo de política cambial.[8] Atualmente, há três tipos principais de taxas de câmbio: as fixas, as flexíveis e os regimes intermediários, como o câmbio flutuante.

As taxas fixas adotam a fixação de uma relação da moeda do país a outra moeda, ou, ainda, a uma cesta de moedas estrangeiras, e resulta de um ato governamental legítimo, exarado por autoridade competente à luz do sistema jurídico do respectivo país.[9]

Historicamente, o câmbio fixo foi adotado diversas vezes por variados países: Argentina, Brasil, países da União Europeia, China, etc. Por vezes, essa taxa é uma opção temporária com vias a estabilização de uma das variáveis econômicas, possibilitando melhor controle da balança comercial.

Embora essa modalidade seja vantajosa para a estabilização monetária, há o risco de perda de reservas e a consequente crise no mercado de câmbio, sendo fundamental a manutenção equilibrada do crescimento da moeda interna com o lastro existente em moeda forte

Outra possibilidade é a taxa de câmbio flexível, mediante a qual a taxa é determinada pela natural variação das forças de mercado, não havendo fixação ou intervenção pelo Banco Central em sua composição.

Trata-se de um tipo defendido pelas correntes mais liberais da economia, que defendem a capacidade dos agentes de mercado livremente atuar livremente, alcançando o equilíbrio dos meios de produção como resultante dos níveis de oferta e de procura.

Não obstante esse posicionamento, cabe salientar que o câmbio flutuante pode gerar o agravamento da inflação, caso as taxas de juros internas caiam por demais, além da suscetibilidade a que os operadores de comércio exterior ficam expostos, sejam exportadores ou importadores, devido a oscilações imprevisíveis no valor da moeda, sem qualquer intervenção estatal na busca de equilíbrio. Essa perspectiva compromete grandemente a capacidade das empresas organizarem seus planos de negócio.

Um ponto médio de cada categoria, foi desenvolvido o regime de sistema cambial alternativo, o regime de câmbio flutuante com intervenção estatal.[10] Nessa variante, o Banco Central exerce um monitoramento minudente dos movimentos ascendentes e descendentes

[8] STRINGHINI, Vera Teresinha Daniel. *Opus cit.*

[9] STRINGHINI, Vera Teresinha Daniel. *Opus cit.*.

[10] SAMBATTI, Andréia Polizeli. RISSATO, Denise. **Uma discussão sobre as escolhas dos Regimes Cambiais no Brasil e a partir do Plano Real.** Disponível em: <http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/IIISeminario/artigos/Artigo%2024.pdf>. Acesso em: 11 Out 2018.

das taxas de câmbio, intervindo diretamente nesse mercado, buscando mantê-lo em um nível de variação que não comprometa adversamente outras variáveis financeiras que poderiam prejudicar a economia nacional.

A vantagem desse tipo de regime é a possibilidade de variação da taxa de câmbio em função do mercado internacional, sem que o Banco Central permita que movimentos especulativos provoquem oscilações bruscas que prejudiquem os agentes econômicos ou a formação de preço dos produtos nacionais no mercado doméstico e internacional. Se verificadas variações frutos de especulação, causando nervosismo no mercado, o Banco Central intervém vendendo ou comprando moeda, conforme o caso.

Essa intervenção é autorizada normativamente, evidenciando como o sistema jurídico regulamenta e legitima legalmente a intervenção estatal.

Atualmente, os países de maior expressividade internacional adotam taxas flutuantes com interferência estatal, caso a taxa cambial atinja patamares entendidos como desfavoráveis para a política econômica ou social.

Uma vez analisadas as variações cambiais e sua formação, passa-se a tratar da teoria da imprevisão aplicada aos contratos em caso de forte modificação do valor da moeda, causando desequilíbrio contratual.

3. Aspectos jurídicos de mecanismos de proteção contra a variação cambial.

Considerando o impacto que a variação cambial pode ter sobre contratos internacionais, é importante que as partes envolvidas possam se precaver de seus resultados ou, ao menos, mitigar seus efeitos adversos. Nesse sentido, serão abordados três mecanismos: o seguro de risco político, o *swap* e os fundos cambiais.

3.1. Seguro de risco político

O contrato de seguro é aquele pelo qual uma das partes, a seguradora, obriga-se para com a outra, o segurado, mediante pagamento, a indenizá-la de prejuízo decorrente de riscos futuros previstos contratualmente.

Trata-se de um contrato sinalagmático, oneroso, aleatório e, na maioria das vezes, de adesão.

É sinalagmático na medida em que gera obrigações para ambas as partes, tanto para o segurado, quanto para segurador. Enquanto o primeiro tem o dever de pagar o prêmio, não agravar volitivamente o risco do contrato e cumprir as demais obrigações pactuadas.

Já caberá à seguradora garantir o pagamento de indenização ou capital segurado, caso ocorra o sinistro previsto na apólice.

O seguro é oneroso, pois implica em ganhos e sacrifícios financeiros para ambas as partes.

A aleatoriedade é uma característica típica dos contratos de seguro, pois, enquanto a obrigação do segurado é certa e deve ser pago conforme estipulado, será aleatória para o segurador, vez que não se tem certeza se o sinistro ocorrerá ou não. Aliás, é imprescindível que a ocorrência do risco amparado na apólice seja incerta.

A adesão decorre da aceitação, pelo segurado, de cláusulas previamente elaboradas pelo segurador e inerentes a apólice, sem que haja a possiblidade de que as partes discutam e fixem os termos contratuais em igualdade de condições.

No caso de contratação de seguro de risco país, o segurado está amparado caso haja alguma decisão governamental, crise política ou econômica que venham impedir que pagamentos destinados ao exterior sejam adimplidos.

Como exemplo de situação comumente amparada pelas apólices de risco país pode-se ressaltar a impossibilidade de converter a moeda corrente do país do importador para a moeda avençada contratualmente entre comprador e vendedor (geralmente, dólares norte-americanos ou euros).

O mesmo ocorre caso seja possível realizar a conversão, mas não seja permitida a remessa de recursos para o exterior. Em ambos os casos, percebe-se que o não pagamento do contrato internacional decorre de disposições alheias à vontade das partes e totalmente fora de seu controle. Nessa hipótese, é possível mitigar o prejuízo do exportador, que receberá indenização assim que comprovar a ocorrência do sinistro perante a seguradora.

Importante salientar que esse seguro apresenta prêmios muito altos, o que desmotiva esse tipo de contratação. Ademais, as indenizações são parciais, ou seja, não são equivalentes ao valor total do contrato garantido.

Outra forma de diminuir os riscos cambiais é a celebração dos chamados *swaps* cambiais.

3.2. *Swaps* cambiais

Os contratos de *swaps* cambiais são um tipo de derivativo, assim entendido qualquer instrumento financeiro que deriva de um ativo relacionado ou subordinado.

Os derivativos decorrem da necessidade de proteção contra os crescentes riscos do mercado econômico mundial e sua complexidade cada vez maior. Outro ponto que

impulsiona sua existência é a maior concorrência nos mercados e o desenvolvimento tecnológico, que integra cada vez mais agentes econômicos e dinamiza a realização de operações em velocidade muito maior do que anteriormente se verificava, aumentando também seus riscos.

Esses riscos podem ser evidenciados pelas oscilações de preços de ativos, de taxas de juros e de taxas de câmbio, sendo este último matéria especificamente tratada pelos contratos de *swap* cambial. Nesse caso, as partes contratantes trocam o valor do principal e dos juros em uma determinada moeda pelo principal e juros em uma outra moeda. Tem por objetivo fixar o custo da moeda, eliminando-se o impacto da flutuação do câmbio nos mercados futuros, como se fossem convertidos os valores para moeda estrangeira.[11]

A contraparte exposta a um risco indesejável pode transferi-lo a outra contraparte, assumindo um risco diferente daquele original, ou pagando um preço para salvaguardá-lo daquele risco.[12]

Aplicando-se essa proteção a um importador que tenha que pagar determinado montante em euros para o exportador. O importador poderá realizar um *swap* cambial, comprometendo-se a comprar, em data futura, os euros necessários ao pagamento de sua compra já fixando o valor da moeda estrangeira. Se o valor real a ser pago no futuro for superior àquele esperado, ele receberá a diferença da contraparte. Em compensação, se o valor real obtido for inferior ao esperado, passará à contraparte a diferença positiva da operação.

Pode-se indagar se neste segundo caso haveria uma perda. Na realidade, não, pois a vantagem dessa operação é a previsibilidade que propicia à parte contratante. O ponto principal é não incorrer nos resultados danosos que oscilações poderiam trazer ao equilíbrio financeiro de seu negócio.

Trata-se de contrato atípico, sinalagmático, oneroso e aleatório.

São atípico pois possuem características próprias resultantes da conjugação de elementos que caracterizam outros contratos, mas não são regulados por lei específica que os defina ou tipifique.

Consideram-se sinalagmáticos na medida em que implicam em obrigações para ambas as partes, que ajustam valor determinado à moeda estrangeira em data futura, independentemente da variação efetiva no mercado internacional.

---

[11] GALDI, Fernando; LIMA, Iran; LOPES Alexsandro. **Manual de Contabilidade e Tributação de Instrumentos Financeiros e Derivativos.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 85.
[12] Idem, p. 41.

Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais.

Oneroso por implicar em ganhos e sacrifícios financeiros.

Quanto à aleatoriedade, há uma diferença importante a ser realçada em comparação à característica aleatória do contrato de seguro. No caso deste último, a álea é absoluta, pois o segurado não sabe se sinistro ocorrerá ou não. Por outro lado, no contrato de *swap* será relativa, pois a parte contratante tem certeza do evento futuro, qual seja, a oscilação cambial, contudo não consegue prever se tal diferença será positiva ou negativa para sua posição contratada.[13]

Por se tratar de contrato celebrado em balcão e registrados na bolsa de valores via sistema eletrônico, torna-se de formalização complexa para aqueles que não estão acostumados a operar neste ambiente. Nessa hipótese, há uma alternativa mais acessível por sua baixa complexidade: os fundos de investimento.

3.3. Fundos Cambiais

Fundos de investimento são definidos pela Comissão de Valores Mobiliários como sendo "uma comunhão de recursos constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros". [14] Esse entendimento corrobora as disposições da Lei nº 4.728/65, que já previa que os fundos de investimento poderiam ser constituídos sob a forma de condomínio, conforme artigo 50.[15]

Em que pese as previsões legais, há controvérsias sobre a natureza jurídica dos fundos de investimento. Neste trabalho, abordaremos apenas as duas principais.

Há doutrinadores que se opõe ao entendimento de que se tratam de condomínios, considerando que os fundos não se coadunam com os condomínios previstos no Código Civil, nos artigos 1.314 e seguintes.[16] Além do que, defendem que os normativos aplicáveis á matéria societária seria mais adequada às características funcionais dos fundos de investimento[17].

---

[13] PERIN JÚNIOR, Écio. **O hedging e o contrato de hedge.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/635/o-hedging-e-o-contrato-de-hedge/2. Acesso em: 4 Out 2018.

[14] COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **ICVM nº 555/14**, artigo 3º Disponível em: http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html. Acesso em 17 Out 2018.

[15] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 4.728/65.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4728.htm. Acesso em 19 Out 2018.

[16] BRASIL, República Federativa do. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 19 Out 2018.

[17] Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **Parecer Jurídico no Processo CVM número 2001/1857**. Colegiado. Presidente: José Luiz Osório de Almeida Filho, j. 22.05.2001. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2001-020D22052001.htm>. Acesso em: 15 out. 2018; e CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime Jurídico dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012, pp. 183 e 184.

Por outro lado, aqueles que defendem a natureza jurídica do fundo de investimento semelhante à do condomínio, em linha com a ICVM nº 555/2014, atentam às dificuldades de enquadramento dos fundos com as disposições do Código Civil, e consideram tratar-se de condomínio de um tipo especial, com regras específicas e próprias, emanadas pela própria Comissão de Valores Mobiliários[18].

Nelson Eizirik[19] define a natureza jurídica dos fundos como condominial, conforme segue:

> Assim, os fundos de investimento organizam-se, juridicamente, sob a forma de condomínio, sem personalidade jurídica, constituindo uma comunhão de recursos destinados à aplicação em carteiras compostas pelos mais diversos ativos financeiros, como títulos de dívida pública, ações, debêntures e outros títulos ou contratos existentes no mercado.

Em que pese o brilhantismo dos debatedores de ambos os lados, resta claro que o funcionamento dos fundos de investimento não refletem puramente nem o caráter condominial, nem o caráter societário. A linha mais próxima da delimitação adequada da matéria é a corrente que defende a natureza de condomínio especial aos fundos de investimento. Assim, atraem para si a regulação específica oriunda da Comissão de Valores Mobiliários e legislação específica.

O fundo cambial, por sua vez, é um tipo de fundo de investimento que acompanha a oscilação de uma moeda estrangeira (geralmente, dólar ou euro) ou de uma cesta de moedas.

Justamente com esse objetivo, no mínimo 80% (oitenta por cento) da carteira deve ser composta por ativos relacionados à moeda estrangeira.

Caso o importador seja responsável pelo pagamento de montantes em moeda estrangeira, em data futura, ele poderá mitigar os riscos de variação da moeda aplicando em um fundo cambial que tenha como lastro a mesma moeda na qual as partes pactuaram o adimplemento do contrato.

É importante que a parte contratual que pretenda ser quotista de fundo cambial deve estar atento a eventuais prazos de carência e valores mínimos para aplicação e retirada, além de se certificar sobre qual a moeda estrangeira à qual o fundo está vinculado.

---

[18] Corroborando esse entendimento, EIZIRIK, Nelson; et. al. **Mercado de Capitais - Regime Jurídico.** 2a ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78 e YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2007, p. 87.

[19] EIZIRIK, Nelson. *Opus cit*., p. 78.

Mecanismos para mitigação da volatilidade da moeda estrangeira afetando contratos internacionais.

A vantagem desse mecanismo de proteção é a facilidade de acessá-lo, posto que é oferecido por instituições financeiras com frequência.

4. Conclusão

É possível observar que o mercado de derivativos está presente no nosso cotidiano há muito tempo, e vem constantemente sendo adaptado às necessidades empresariais. Essa evolução deveu-se à complexidade dos sistemas financeiros criados ao longo dos séculos. Junto com essa evolução também cresceu a necessidade de proteção, e com os especuladores a oportunidade de ganhar com as variações dos preços e das taxas negociadas.

Neste sentido, é importante trazer a necessidade da construção jurídica de uma regulação econômica que permita garantir proteção e segurança jurídica a estas operações. Da mesma forma, os fundos cambiais precisam de mesma proteção.

A regulamentação brasileira tem evoluído muito nesta perspectiva e se tornado capaz de estruturar contratos e fundos cambiais, conforme demonstrado, a fim de garantir segurança jurídica a estas operações.

5. Bibliografia

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 4.728/65.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L4728.htm. Acesso em 19 Out 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 19 Out 2018.

CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime Jurídico dos Fundos de Investimento**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.

EIZIRIK, Nelson; et. al. **Mercado de Capitais - Regime Jurídico.** 2a ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **ICVM nº 555/14**, artigo 3º Disponível em: http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html. Acesso em 17 Out 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Parecer Jurídico no Processo CVM número 2001/1857**. Colegiado. Presidente: José Luiz Osório de Almeida Filho, j. 22.05.2001. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/descol/resp.asp?File=2001-020D22052001.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

GALDI, Fernando; LIMA, Iran; LOPES Alexsandro. **Manual de Contabilidade e Tributação de Instrumentos Financeiros e Derivativos.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

INTERNATIONAL Monetary Fund. **History: cooperation and reconstruction (1944-1971).** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/histcoop.html>. Acesso em: 5 Out 2018.

_____ . **The end of Bretton Woods System (1972-1981).** Disponível em: <http://www.imf.org/external/about/histend.htm>. Acesso em: 5 Out 2018.

PERIN JÚNIOR, Écio. **O hedging e o contrato de hedge.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/635/o-hedging-e-o-contrato-de-hedge/2. Acesso em: 4 Out 2018.

SAMBATTI, Andréia Polizeli. RISSATO, Denise. **Uma discussão sobre as escolhas dos Regimes Cambiais no Brasil e a partir do Plano Real.** Disponível em: <http://www.unioeste.br/campi/cascavel/ccsa/IIISeminario/artigos/Artigo%2024.pdf>. Acesso em: 11 Out 2018.

STRINGHINI, Vera Teresinha Daniel. **Os regimes cambiais no Brasil: uma análise da influência das variações cambiais sobre os preços de mercado na década de 90.** Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4290/000409753.pdf?sequence=1> Acesso em: 4 Out 2018.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2007.

Questões relevantes para a eleição da arbitragem como meio de dissolução de controvérsias em contratos internacionais.

Thaís Cíntia Cárnio[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. Contratos internacionais. 3. Arbitragem. 3.1. Conceito. 3.2. Natureza Jurídica. 3.3. Evolução histórica. 4. Questões relevantes prévias à eleição do foro arbitral. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

Os contratos internacionais são cada dia mais frequentes no cenário econômico internacional. Frequentemente associados à formalização de comércio exterior, tais contratos apresentam-se me várias outras modalidades de negociações, variando desde de operações de aquisição de participações societárias até financiamento vultuosos de projetos internacionais.

Em todas essas situações, uma questão é apresentada como fundamental para a correta celebração do pacto entre as partes: como será realizada a dissolução de controvérsias durante a vigência contratual, caso não seja possível alcançar uma solução amigável?

Considerando as diversas peculiaridades de cada um dos sistemas jurídicos envolvidos nesse tipo de avença, aliadas ao desconhecimento de um lado em relação ao outro no que se refere aos trâmites normalmente verificados no que se refere às vias judiciais de países distintos, essa definição não se torna tarefa fácil.

Assim, a via arbitral tem se mostrado bastante eficiente para adequar as expectativas dos contratantes na busca por caminhos ágeis e juridicamente seguros para a resolução de conflitos. Contudo, há aspectos de extrema relevância que merecem ser observados antes que essa escolha seja feita.

Nesse artigo serão apontadas questões que devem set verificadas pelas partes envolvidas quanto aos efeitos do laudo arbitral no âmbito sistemas jurídicos de lado a lado do instrumento.

[1] Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Para tanto, inicialmente será abordado o conceito de contrato internacional, suas peculiaridades, os elementos importantes da arbitragem, especialmente no que se refere à legislação brasileira e, finalmente, os pontos de atenção que devem ser objeto de análise.

2. Contratos internacionais

A definição de contratos internacionais é de alta complexidade, a tal ponto que Henry Lesguillons (1986) esclarece que alerta que legisladores estatais, juízes e elaboradores de convenções internacionais estabeleceram critérios práticos com diferentes objetivos. Enquanto o legislador objetiva delimitar qual será o campo de aplicação de um código de contratos internacionais; o juiz pretende identificar quais as regras aplicáveis; e os redatores de convenções objetivam estabelecer o que se convirá definir como internacional para fins convencionais.

Os sistemas jurídicos adotam diferentes elementos indicadores da internacionalidade do contrato, considerando-se, para tanto, diferentes enfoques, quais sejam, a visão empírica, a solução doutrinária e os critérios normativos em geral, convencionais ou ecléticos (BAPTISTA, 1994).

A visão empírica analisa o caso concreto e seus eventuais elementos internacionais, sem recorrer a apenas um critério específico. Torna-se especialmente relevante os aspectos materiais que constituem esse acordo de vontades.

A solução doutrinária entende que um contrato pode ser considerado internacional quando tem ligação com mais de um sistema jurídico, seja por aspectos relativos à sua execução ou conclusão, pela situação das partes ou mesmo pela localização do objeto contratual, por exemplo (BATTIFOL, 1994).

Assim, reconhece-se como internacional o contrato que apresenta ao menos um elemento de conexão com mais de um ordenamento jurídico, enquanto que seriam considerados como uninacionais aqueles cujos elementos limitam-se a apenas um determinado âmbito estatal (ALPA e BESSONE, 1991).

Alberto Xavier (1980) classifica os contratos internacionais sejam divididos, conforme sua natureza, em objetivamente internacionais e subjetivamente internacionais. No primeiro grupo estariam as operações intrinsecamente internacionais, como aquelas relativas ao comércio exterior; e no segundo grupo, aquelas que têm por objeto qualquer operação cujo caráter internacional derive do fato de uma das partes ser residente no exterior.

O critério convencional decorre do empenho conceitual dos elaboradores de tratados e convenções para a definição de contrato internacional.

É o caso da "Lei Uniforme sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Objetos Móveis Corpóreos"[2], de 1º de julho de 1964, da Convenção de Haia, ao definir o âmbito de sua aplicação aos contratos entre parte que têm estabelecimento no território de Estados diferentes.

Nádia de Araujo (2003) enaltece o valor desse critério, defendendo que o excessivo formalismo da aplicação das normas de conexão está sendo superado pelos novos *topoi* (lugares-comuns), e pelas soluções substanciais e flexíveis, como se pode verificar na Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações internacionais, que adotou a regra dos vínculos mais estreitos.

Em vista da variedade de critérios que são utilizados pela doutrina, pela jurisprudência, por tratados e convenções, importa verificar a relevância do elemento de estraneidade que determinará o caráter internacional do contrato em análise.

A internacionalidade será determinada casuisticamente, em vista de todas as especificidades contratuais. Uma vez identificado o elemento de estraneidade, analisa-se sua relevância naquela relação jurídica, considerando-se aspectos tanto jurídicos quanto econômicos (BAPTISTA, 1994).

Assim, a conceituação do contrato internacional decorre de seu caráter internacional e da necessidade de se identificar o sistema jurídico aplicável à sua estrutura dentre os sistemas que a ele se relacionam, seja pela existência de elementos de estraneidade, seja por sua essência.

Justamente por essa complexidade e dinamismo, a definição do meios de resolução de eventuais conflitos é matéria especialmente relevante para os contratantes.

3. Arbitragem

A arbitragem é um meio de solução de controvérsias bastante frequente em contratos internacionais, apresentando-se como uma alternativa que permite a utilização do direito, ao mesmo tempo em que se adequa mais facilmente às necessidades das partes envolvidas na intensa e dinâmica atividade comercial (ARAUJO, 2003).

Dentre as vantagens trazidas por esse instituto, pode-se verificar maior celeridade para que as decisões arbitrais sejam proferidas, o sigilo que envolve todo o procedimento e a especialidade dos árbitros responsáveis pela análise do caso, podendo, inclusive, ser indicados pelas partes.

A seguir, será estudado seu conceito, natureza jurídica e evolução histórica.

[2] Projeto de Convenção de Haia, 1951, sobre a lei aplicável a vendas de caráter internacional em bens corpóreos.

3.1. Conceito

A arbitragem é considerada um mecanismo privado de solução de litígios. Uma vez pactuada pelas partes, caso ocorra alguma controvérsia fruto das condições contratuais, um ou mais árbitros escolhidos pelas partes analisarão o tema da contenda e emitirão sua decisão, que deverá ser acatada pelos litigantes, pois terá eficácia de decisão judicial.

A característica de instrumento privado decorre dos poderes conferidos pelos litigantes ao árbitro, que voluntariamente podem eleger seu julgador, ou julgadores, os limites, procedimentos, e prazo para exercício dessa atribuição. Essa via é substancialmente da solução judicial, na qual a jurisdição e competência dos magistrados nacionais são determinadas pelo Estado. Exatamente o mesmo ocorre com as regras processuais aplicáveis, pois são inarredáveis, independentemente da vontade dos litigantes (SOARES, 2001).

Charles Rousseau define arbitragem como a instituição pela qual um terceiro resolve a divergência que opõe duas ou mais partes, exercendo uma missão jurisdicional que lhe foi confiada por elas (BAPTISTA, 2001).

A primeira premissa para aplicação dessa via privada é a indicação clara da vontade das partes nesse sentido. A segunda, é a existência de uma divergência entre elas que não alcançou solução pela própria iniciativa dos envolvidos, nascendo a necessidade de envolver um terceiro resolver o conflito.

Nadia de Araujo (1997), por sua vez, ensina que se trata de um meio jurídico de solução de controvérsias presentes e futuras, e baseia-se na vontade das partes envolvidas, que elegem árbitros que serão os juízes da discórdia. Estes, com os poderes que lhe foram conferidos, resolverão a pendência com a prolação de um laudo arbitral..

Jean Robert (1958) esclarece que a arbitragem é uma instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de direito comum, sendo resolvidos por indivíduos motivados pela missão de julgar.

Importante salientar que solução de litígios mediante a eleição de árbitros pelos contratantes implica na prolação de uma sentença arbitral que deve ser observada pelas partes, inclusive por ter força de título executivo judicial.

Em que pese ser uma opção constantemente presente nas negociações internacionais da atualidade, sua origem é bastante, antiga, conforme será analisado no próximo item.

3.2. Evolução histórica

O instituto jurídico da arbitragem é muito antigo, remontando a 3.000 anos a.C., na Babilônia, Grécia Antiga e Roma (TEIXEIRA, 1998). Suas raízes são ancestrais e encontram-

se no Direito Romano, sendo que a previsão da via arbitral estava presente tanto em sua modalidade voluntária como necessária.

A necessária era típica da primeira fase do processo civil romano, qual seja, das Leis das XII Tábuas de 450 a.C. até a Lex Aebutia de 149 a.C., e no processo formulário, da Lex Aebutia de 149 a.C. até Leges Juliae, de 136 a.C. (CUNHA, 2001).

Com o tempo, houve alterações na política romana, passando à concentração das atividades no Estado, que assumiu poder absoluto. A composição de litígios passa a ser matéria de competência exclusivamente estatal.

Na Idade Média, o sistema judiciário carecia de clareza e era muito escasso quanto a garantias jurisdicionais. Nesse ambiente, a arbitragem ressurge, solucionando diversos casos envolvendo cavaleiros, proprietários feudais e soberanos. Os comerciantes voltam seus olhos a esse mecanismo de deliberação, resolvendo suas pendências por intermédio de árbitros por eles indicados, pois consideravam um meio mais ágil e eficiente que os tribunais oficiais, cujas decisões não necessariamente consideravam as peculiaridades das relações mercantis (SOARES, 1978).

Posteriormente, já na Revolução Francesa, a via arbitral predomina em detrimento da justiça composta por magistrados ligados ao antigo regime.

No Brasil, as Ordenações do Reino de Portugal, do século XVII regulamentavam a arbitragem (CUNHA, 2001). A primeira disposição constitucional a respeito encontra-se expressa na Constituição do Império, de 1824[3] (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997).

Quando do advento do Código Comercial de 1850, o juízo arbitral encontrava-se previsto em vários artigos, sendo mandatória para algumas matérias (ARAUJO, 2003). Cabe notar que essa obrigatoriedade não se coaduna com essência da arbitragem, que se caracteriza pela liberdade de escolha dessa via pelas partes.

No que tange ao direito adjetivo, o juízo arbitral foi previsto para todo o Brasil pelo Código de Processo Civil de 1939, e ulteriormente, no Código de Processo Civil de 1973.

Em 1996, a Lei n. 9.307/96[4] que revogou todas as normas sobre compromisso arbitral previstas no Código Civil, assim como as atinentes ao juízo arbitral no Código de Processo Civil.

[3] "Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes Árbitro. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes."
[4] Diário Oficial da União de 24.09.96, Seção I, p. 18897 – 18900.

O Código Civil de 2002[5] dispõe sobre compromissos para resolver litígios entre pessoas capazes de contratar, prevendo a inserção de cláusula compromissória nos contratos, em linha com a Lei n. 9.307/96.

3.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica da arbitragem é polêmica: discute-se se é contratual ou jurisdicional, ou se seria híbrida ou *sui generis*.

A defesa da natureza jurisdicional da arbitragem fundamenta-se no próprio texto legal, especialmente o art. 31 da Lei n. 9.307/96, ao dispor que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Pedro Batista Martins (1997) corrobora o entendimento quanto à natureza jurisdicional argumentando que as hipóteses de revisão da decisão arbitral são bastante restritas, cabendo ao juiz togado intervir unicamente em caso de violação da ordem pública ou de ausência de formalidade essencial.

Carlos Alberto Carmona (1997) reforça ao caráter jurisdicional da arbitragem ao tratar da função exercida pelos árbitros, ensinado que a atividade destes não difere daquela desempenhada pelo juiz togado. Em ambos os casos, são analisadas questões de fato e de direito apresentadas pelas partes que formarão seu convencimento e terão o poder de proferir decisão de caráter mandatório e vinculante.

Por outro lado, o texto legal também alicerça o argumento de que natureza contratual da arbitragem, vez que o art. 3º da Lei n. 9.307/96 dispõe que as partes podem submeter a solução de controvérsias ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, seja pela inserção de cláusula compromissória no contrato, seja pela pactuação de compromisso arbitral.

Irineu Strenger (1998) entende que se deve acentuar o aspecto contratual da arbitragem, porém ressalta doutrina moderna tende a compreender a arbitragem como instituição *sui generis*, de natureza híbrida, verificando-se tanto elementos de natureza contratual, quanto processual.

Nesse sentido advoga Clive M. Schmitthoff (1995): a natureza contratual é percebida pela de um acordo entre as partes para submissão da controvérsia a essa via; enquanto a natureza jurisdicional decorre da atuação do árbitro com o mesmo espírito de um juiz togado.

[5] Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2003.

Guido Soares (2001) segue nessa mesma linha de pensamento, classificando a arbitragem como um instituto misto: é um processo, na medida em que é procedimento de solução de litígio, eleito pelas partes, com a interveniência de um terceiro, diferentemente da via judiciária, resultante de decisões emanadas por órgãos instituídos pelos Estados e funcionários investidos de poderes judicantes; e é um contrato, pois sua criação é voluntária, regida pelo princípio da autonomia da vontade.

Em vistas dessas importantes lições doutrinárias, pode-se concluir que a natureza jurídica da arbitragem seria um instituto híbrido, com elementos de ordem tanto contratual, quanto jurisdicional compondo-o. O aspecto contratual resulta da necessidade das partes acordarem a submição da querela ao juízo arbitral, o que pode ser exteriorizado por cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Já o viés jurisdicional manifesta-se pela obrigatoriedade da sentença arbitral, valendo como título executivo, tal qual uma sentença proferida pela via judicial.

Importante ressaltar que decorrem justamente desses dois elementos – contratual e jurisdicional – os cuidados que as partes devem tomar antes de optar pela arbitragem para dissolução de conflitos. Esse tema será aprofundado no próximo item.

4. Questões relevantes prévias à eleição do foro arbitral

Bem verdade que a arbitragem mostra-se um meio bastante eficiente para a solução de dissensos em questões contratuais. O sigilo com que o tema é tratado, a possibilidade de eleição de árbitros especializados na matéria e a celeridade para alcançar uma solução atraem a atenção do operadores internacionais.

Não obstante, é vital para evitar frustração de expectativas que o modo como o direito interno de cada uma das partes envolvidas trata o laudo arbitral e, por consequência, sua exequibilidade.

O primeiro ponto a ser observado é e efetividade da inserção da cláusula compromissória, ou seja, se há efeito vinculante ou não. Caso os contratantes avencem que eventual controvérsia será dirimida por arbitragem, o que ocorre se uma das partes posteriormente discordar da instauração de juízo arbitral e propuser ação judicial?

Cabe verificar se, nessa hipótese, o Poder Judiciário daquela jurisdição determinaria o cumprimento da cláusula, ou se acolheria o pedido de análise do litígio pela via judicial. Evidente que na segunda alternativa a escolha da via arbitral será inócua, pois não há certeza de que será cumprida.

Ademais, as partes devem certificar-se que cada uma delas poderá assumir esse meio de solução para a avença em negociação, seja pela natureza jurídica das partes, seja pelo tipo de objeto contratual em discussão, à luz dos respectivos sistemas de origem.

Outro aspecto importante refere-se aos requisitos para que o laudo arbitral seja exequível em cada jurisdição envolvida. Anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 9.307/96 no Brasil, havia a obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral pela via judicial no país de origem, só então haveria o reconhecimento a e execução do laudo arbitral. Contudo os obstáculos não cessavam neste ponto: a sentença homologatória era passível de recurso de apelação, recurso especial e extraordinário, se fosse o caso.

Esse é um bom exemplo do que deve ser verificado no ordenamento jurídico doméstico das partes, pois o procedimento anteriormente exigido pela lei brasileira diluía duas das vantagens da arbitragem: a celeridade, comprometida pela possibilidade legal da proposição de vários recursos; e o sigilo, vez que a controvérsia entre as partes e o seu resultado estão expostos à publicidade do processo estatal.

A terceira particularidade relevante para que seja acordada a via arbitral no instrumento celebrado entre as partes é saber se o Poder Judiciário, quando da apresentação da sentença arbitral para homologação, poderá alterar o mérito dessa decisão. Se isso for permitido, novamente deve-se analisar a eficácia dessa opção.

Enfim, para que se obtenha o resultado pretendido quando da inserção da cláusula compromissória, é fundamental que haja efeito vinculante, afastando a apreciação pelo Poder Judiciário, ainda que por insistência de uma das partes.

Além disso, a sentença arbitral deve equiparar-se à sentença proferido por juiz togado, tendo força executiva, sem que haja possibilidade de revisão da decisão final, salvo em situações extremas, como no caso de violação da ordem pública. A execução internacional está igualmente assegurada caso os países de origem das partes tenham firmado os termos da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

5. Conclusão

Conforme exposto neste artigo, o dinamismo próprio dos contratos internacionais requer um meio de solução de controvérsias que possibilite alcançar resultados rápidos, adequados às especificidades de seu objeto, e, preferivelmente, de maneira sigilosa, evitando que pendências dessa natureza sejam expostas ao público em geral.

A arbitragem é uma alternativa que apresenta essas vantagens.

Questões relevantes para a eleição da arbitragem como meio de dissolução de controvérsias em contratos internacionais.

Contudo, em que pese os atrativos da via arbitral, as partes contraentes devem tomar algumas precauções antes de inserir a cláusula compromissória no instrumento que está em negociação, com vistas a ter certeza de que a adesão a esse mecanismo será efetivamente válida.

A primeira delas refere-se à eficácia da eleição da arbitragem em função da natureza das partes contratantes e do objeto contratual. A segunda precaução é certificar-se dos requisitos para que o laudo arbitral seja exequível. E a terceira, a segurança de que a sentença arbitral terá força executiva, sem possibilidade de alteração de seu mérito.

Com todos esses pontos esclarecidos, certamente os envolvidos terão realizado uma escolha adequada às suas expectativas.

6. Bibliografia

ALPA, Guido e BESSONE, Mario. **Contratti in generale: i contratti attipici.** t. II. Torino: UTE, 1991.

ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **A nova lei de arbitragem brasileira e os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais elaborados pelo UNIDROIT.** In: CASELLA, Paulo Borba (coord.) Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1997.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem internacional pública e privada.** In PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática.** São Paulo: Saraiva, 1994.

BATTIFOL, Henri. **Contrats et conventions. In: Répertoire de droit international,** v. 1, n. 9. Paris, Dalloz, 1968, apud BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **Das boas relações entre os juízes e os árbitros.** In: Revista do Advogado, São Paulo, n. 51, outubro/1997.

CUNHA, Maria Inês Moura Santos Alves da. **A equidade e os meios alternativos de solução de conflitos.** São Paulo: LTr, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LESGUILLONS, Henry. **Contrats internationaux.** Paris: Lamy, 1986.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil.** In: Revista do Advogado. São Paulo, n. 51, outubro/1997.

ROBERT, Jean. **Traité de l'arbitrage civil et comercial.** 4. ed. Paris, 1958.

SCHMITTHOFF, Clive M. **The export trade: the law and practice of international trade.** 6. ed. Londres: Stevens & Sons, 1975.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A arbitragem e sua contratualidade com o comércio internacional.** In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.) Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Enciclopédia do Direito, v.7/374, n. 9.** Arbitragem Internacional. Introdução histórica. São Paulo: Saraiva, 1978.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem internacional: conceitos básicos.** In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.) Arbitragem comercial internacional. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da Corte Comunitária.** In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio (coord.). Mercosul: lições do período de transitoriedade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

XAVIER, Alberto. **Validade das cláusulas em moeda estrangeira nos contratos internos e internacionais.** In: ALBERTO, Xavier; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Estudos jurídicos sobre o investimento internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

Da utilização dos meios de provas na esfera ambiental: tendências e desafios na era dos novos direitos

Rachel Lopes Queiroz Chacur[1]

Sumário.1. Introdução. 2. O advento da Constituição Federal do Brasil e a nova vertente garantística de colheita e valoração dos meios de provas. 3. Da teoria da Prova no Código de Processo Civil brasileiro: conceitos, fundamentos e procedimentos. 4. A produção de provas em tempos de Novos Direitos. 5. Da produção dinâmica da prova nos procedimentos de ações de direitos difusos e coletivos. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução.

O direito romano e grego não tinha os critérios técnicos e lógicos para a demonstração dos fatos.

Nesta época, as influências religiosas abarcavam os métodos de colheita de provas e a apuração da verdade.

No século XVI, admitiu-se a prova testemunhal e documental, a perícia, a confissão e o interrogatório, com a predominância do conteúdo escrito e o segredo dos meios probatórios.

A doutrina clássica classifica os sistemas: civil *law , common law* e o socialista.

As críticas doutrinárias do instituto probatório à respeito do sistema da *common law* e do sistema socialista decorrem da possibilidade de interrogatório cruzado, a inaplicabilidade da função social e a igualdade real entre as partes[2]. A adoção do procedimento do sistema de civil *law* ocorreu após a Revolução Francesa. Desde os remotos tempos, esse procedimento tinha como característica primordial a oralidade do processo objetivando a celeridade e o acesso à justiça, inclusive na fase instrutória.

[1] Doutoranda em Ciências Ambientais do Programa de Ciências Ambientais da Universidade Federal de São Carlos – UFSCar; Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste Paulista e Advogada

[2] LOPES, João Batista. A prova no Direito Processual Civil. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p- 18.

O conceito de prova judiciária é a demonstração dos fatos, logo o significado da terminologia *prova* apresenta-se como *aquilo que mostra a verdade de uma proposição ou a realidade de um fato* [3].

Segundo Luigi Paolo Comoglio[4] são características do direito à prova, em suma:

a) o direito de deduzir todos os meios destinados a demonstrar as alegações;
b) o direito de produzir efetivamente as provas que forem deduzidas e admitidas;
c) o direito à valoração adequada da prova pelo juiz.

A natureza jurídica da prova fundamentava-se na norma de direito material e direito processual.

O processualista Joan Picó I Junoy, em síntese discriminava a natureza processual da prova.

> *Si bien es cierto que las leyes sustantivas exigen determinadas pruebas para la existencia o validez de ciertos actos o contratos, em estos casos la prueba es inseparable de dicho acto o contrato y no pertenece al derecho a probar sino al de realizar tales actos validamente.*[5]

A doutrina pátria elenca os limites subjetivos e objetivos do direito à prova. São os limites subjetivos o direito das partes no exercício da produção probatória dentro do processo e os limites objetivos determinados no sistema constitucional e processual.

As discussões acadêmicas e doutrinárias, não se limitaram a mera classificação material e processual da natureza jurídica dos institutos probatórios, levando a enfrentamentos dogmáticos e de ordem prática-processual nos variados ramos da Ciência.

2. O advento da Constituição Federal do Brasil e a nova vertente garantística de colheita e valoração dos meios de provas.

Com o advento da Constituição Federal do Brasil (1988), os debates enfocaram o direito à prova, como elemento da garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa.

[3] CALDAS AULETE. Novo dicionário da língua portuguesa. 6. ed. Lisboa: Bertrand, p-719.
[4] COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul processo civile.* Bolonha, Il Mulino, 1995, item 3º, p-512.
[5] JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba em el proceso civil.* Barcelona: Bosch, 1986.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

Para João Batista Lopes[6] justifica a prova ilícita sob dois planos: em sentido lato, as provas que violam a Constituição Federal, as leis e os costumes; e em sentido estrito, àquelas que violam a Constituição Federal e os dispositivos legais. Acrescenta o terceiro plano, àquelas que violam as normas constitucionais e os direitos fundamentais. Ainda, o autor reporta-se a outros conceitos afins dos meios de prova, como: as provas ilegais e irregulares que são obtidas contra a disposições legais ou apresentadas em juízo em conflito com o procedimento adequado, as provas viciadas as que são produzidas com as formalidades legais exigidas, mas comprometida a sua credibilidade e veracidade[7].

No Brasil, tal questionamento enfrentado no Supremo Federal sob as alegações conflitantes da doutrina e jurisprudência pátria, sob o contexto do sistema constitucional, o qual prevê anadmissibilidade processual de provas ilícitas, considerando-as ineficazes, sem qualquer efeito sob condições que afetem as garantias constitucionais (RTJ 161/264; RTJ 163/682; RTJ 163/709; RTJ 155/508), ainda que, considerando as hipóteses de ilicitude por configuração ou denominado o instituto da prova derivada, seja obtida por qualquer sujeito, no ato da consecução da prova ilícita (GARRITY, V, 1967).

> EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).
>
> - A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou

[6] LOPES, João Batista.

[7] Cfe. João Batista Lopes citando NUVOLONE, onde acrescenta que JOAN PICÓ I JUNOY, contempla outros conceitos afins de meio de provas ilícitas. Ob. Cit. p.86.

> produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica (...). Voto relato pelo Ministro Celso de Mello, no Supremo Tribunal Federal, sob o REsp nº 251.445-GO.

Por outro lado, os julgamentos reiterados também demonstram a vertente do aproveitamento da prova derivada de ilicitude devido a aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, dando ênfase aos princípios constitucionais e aos fatores preponderantes, os quais determinam a prevalência dos Direitos Fundamentais do Homem (RTJ 163/682; RTJ 163/709; RTJ 155/508). Portanto, considerando as hipóteses de aceitação de prova por derivação de ilicitude, em casos excepcionais.

> ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES. NULIDADES: PREJUÍZO INDEMONSTRADO. SENTENÇA. PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. CONSERVAÇÃO DA PARTE IMACULADA. ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES QUE DELAS DEPENDAM. CORRELAÇÃO ADEQUADA ENTRE A SINTÉTICA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DOS AUTOS. PENA: DIMINUIÇÃO. Não basta a simples indicação de nulidades relativas, cobra-se para sua declaração, além da prova do prejuízo, a impugnação congruo tempore. Fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, devendo ser retiradas dos autos e devolvidas. Não aproveitável é, ainda, a ilegítima perícia de verificação do local do delito, realizada em desacordo com a legislação penal. (...).". Recurso extraordinário. Alegação de contrariedade ao artigo 5º, incisos X e LVI, da CF, consubstanciada na aplicação distorcida de tais dispositivos visando a reformar, parcialmente, a sentença

> condenatória. Provimento, em parte, do recurso da acusação, afastando-se a alegação de prova ilícita quanto ao crime do art. 241 da lei 8.069/90, por improcedente a tese da ilicitude da prova. Existência, ademais, de outras provas suficientes à condenação dos réus em relação ao delito acima referido. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Pelo conhecimento parcial e provimento do presente recurso extraordinário."

O confronto de entendimento expressa o dualismo da imprescindibilidade de legalidade e ilicitude do meio de prova, porém, a manifesta necessidade de ponderação pela racionalidade e realidade social priorizando bens jurídicos de maior significância, no ato do julgamento. (GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, 1975; GRINOVER, 1982)

De tal sorte, acertada a decisão de ambos os julgadores sob o crivo dos fatos e direito posto para cada caso, principalmente, categorizando-os em Direitos Fundamentais, para a resolução de conflitos, perante o Poder Judiciário (AIETA, 1999). Levando a um componente ético-valorativo que se esvai da robusta técnica da produção e análise do conteúdo de provas, porém, não descartada do padrão sistêmico de julgamento e alcance do senso de Justiça.

A doutrina processual também diferencia a ilicitude e a ilegitimidade, indicando a ilicitude pelo próprio objeto probatório e a ilegitimidade pelo confronto aos mecanismos processuais. Compreendendo a primeira para o direito material e a segunda reporta-se ao direito processual (NERY, 2012).

> resumindo a classificação de NUVOLONE, verifica-se a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (lei e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente.

Em suma, Frederico Marques[8] entende por provas ilícitas àquelas que infringem as normas de direito material e constitucionais.

[8] MARQUES, Frederico. "Instituições de Direito Processual Civil". Campinas, Millennium, 1999, vol. III, p.347.

A previsão constitucional garantista do direito à prova possibilitou a democratização do acesso à justiça e a igualdade das partes, porém, surge outro subterfúgio para as partes postergarem o processo *ad infinito*, embora tal alegação, não se justifique como forma de limitação a produção probatória, no devido processo legal (GRINOVER, 1990; CAPPELLETTI, 1961; VIGORITI Vicenzo, 1968).

São também colorários da produção probatória no processo, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e administrativas (artigo 93, inciso X, Constituição Federal do Brasil).

Para José Carlos Barbosa Moreira[9] a obrigatoriedade da motivação judicial justifica-se pela necessidade de delimitação do objeto da decisão para eventual impugnação, o oferecimento de elementos concretos para a aferição da imparcialidade do juiz, os meios do exame da motivação, a legalidade, as alegações das partes e o convencimento do juiz[10].

Em suma, essa conduta diretiva-garantística deve prover a conduta dos protagonista do processo.

3. Da teoria da Prova no Código de Processo Civil brasileiro: conceitos, fundamentos e procedimentos.

A classificação das provas é enfocada pela sua fonte e meios. Francesco Carnelutti[11] e Santiago Sentis de Melendo[12] compreendem que a fonte da prova é o fato analisado pelo juiz e o meio de prova corresponde a atividade probatória no procedimento[13]. Ainda, a doutrina pátria classifica a prova quanto ao objeto, o sujeito e a forma. O objeto da prova são os fatos e não os direitos, pois o juiz conhece o direito. O objeto da prova será direto ou indireto, o sujeito da prova pode ser pessoal ou real e a forma da prova será oral e ou escrita.

O artigo 369 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro, não adota o princípio da liberdade de produção de provas. No entanto, são excluídos os meios probatórios para determinados fatos, como: os fatos notórios, a prova do fato negativo, a prova do direito, os fatos imorais, os fatos presumidos e as provas ilícitas.

---

[9] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, *in Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1980, p-85.

[10] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Nulidades da sentença. Revista dos Tribunais, 1987, p-140-141.

[11] CARNELUTTI, Francesco. *Massime di esperienza e fatti notori. Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1959, p-639.

[12] MELENDO, Santiago Sentis de. *La prueba – Los grandes temas de derecho probatorio.* Bueno Aires: Ejea, 1978, p-131.

[13] Confissão, depoimento pessoal, interrogatório informal, prova documental, prova pericial, prova testemunhal e inspeção judicial.

Sugere Eduardo Couture[14], o rol exemplificativo dos meios probatórios e a inclusão dos fatos a serem provados, àqueles que dependam de convalidação e invalidação. Entretanto, o meio probatório não se resume somente na tipificação legal e em concepções doutrinárias. O efetivo diretivo de provar depende da indicação precisa do meio probatório a ser utilizado pelas partes, permeados dos objetivos da celeridade, economia processual e efetividade da tutela jurisdicional.

É fundamental, para estabelecer o resultado do processo essa precisa conduta processual das partes coadunadas a perfeita valoração da prova pelo juiz.

A valoração da prova pelo juiz, é o denominado ônus da prova. O ônus da prova é o direito partes, em pedir e provar o alegado, perante o juiz.

O artigo 373 do Código de Processo Civil brasileiro vigente fundamenta o ônus da prova, embasado originariamente nas teorias de Giuseppe Chiovenda[15] e Betti[16]. Lembrando que, mesmo com a alteração do Código de Processo Civil e legislações pertinentes, mantém-se as concepções clássicas de Teoria da Prova.

A doutrina estrangeira apresenta inúmeras teoria sobre o ônus da prova:

> A prova deve ser feita por quem possa satisfazer mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente (BENTHAM); a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos (WEBBER); deve presumir-se a existência de um direito, uma vez fundado (BETHMAN HOLLWEG); só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada (FITTING); cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem (GIANTURCO) e critério do interesse da prova (MORTARA)[17].

São inúmeras as indagações à respeito do ônus da prova, em virtude da adoção do Princípio Dispositivo, no sistema processual civil.

Para Francesco Carnelutti[18] a determinação do ônus da prova depende do interesse na afirmação da prova do autor ou do réu, dependendo do momento processual.

A importância do ônus da prova se coaduna ao Princípio Dispositivo, colocando como figura central - o juiz.

---

[14] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972, p-245.
[15] CHIOVENDA, . *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v II, p-379.
[16] BETTI. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Foro Italiano, 1936, p- 335.
[17] *apud* SOARES DE FARIA. Principais teorias relativas ao onus probandi, 1936, p-89.
[18] CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile.* Padova: Cedam, 1936, v.I, p-426/425.

A adoção do Princípio Dispositivo, não possibilita as partes dispor do interesse da prova, mas possibilita a direção processo pelo juiz com a finalidade da rápida entrega da prestação jurisdicional.

Para o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira *o juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo de sonegar a justiça postulada pelas partes*[19].

Segundo Mittermayer[20], a análise da prova se verificará pelo meio *produtores da certeza* e a *convicção do juiz.* Á partir da convicção do juiz e averiguação da verdade dos fatos, esse motivará a decisão judicial.

Para João Batista Lopes [21] *a prova dos fatos controversos é indispensável não só para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional.*

Os doutrinadores italianos Luigi Paolo Comoglio e outros[22] acrescentam o princípio da legalidade e das disposições processuais ao convencimento do juiz, no momento de prolatar uma decisão judicial.

a) a correlação finalística com o princípio da legalidade;
b) a idoneidade institucional de consentir um controle externo dos modos nos quais se exprimem, concretamente, a sujeição dos juiz à lei e sua imparcialidade (ou independência) no *ius dicere;*
c) o suporte instrumental indispensável para um adequado exercício do direito de defesa no confronto da mesma decisão e no juízo de impugnação.

Dessa forma, o conjunto de garantias constitucionais possibilitam indiretamente um controle externo da Administração Pública através das decisões judiciais motivadas. O juiz deverá direcionar o procedimento a fim de inserir no conteúdo da sentença, também os meios probatórios e consecutivos utilizados, para obtenção da possibilidade da concretização do possível resultado do processo [23].

---

[19] *REsp* nº 226,436-PR, *DJ* de 4.2.2002, relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. "Se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que, sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado. Só às partes, ou às contingências do destino, pode ser imputada semelhante deficiência.

[20] MITTERMAYER. Tratado da prova em matéria criminal. 2.ed. Rio de Janeiro: J.Ribeiro dos Santos, 1909, p.75.

[21] Ob. cit. p-23.

[22] Ob. cit. p-512.

[23] LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p-155. "A fundamentação das decisões permite que a parte vencida exerça plenamente seu direito de defesa (em sentido amplo) interpondo os recursos cabíveis e fundamentando-os adequadamente. É que não basta a previsão genérica do direito de defesa, sendo de rigor que o sistema jurídico assegure aos jurisdicionados o pleno acesso

A doutrina estrangeira também registra a tendência do procedimento oral, simples, célere e o fortalecimento dos poderes do juiz, na fase probatória e decisória[24].

A última reforma do Código de Processo Civil do Brasil trata do meio probatório também nos meios alternativos de solução de conflitos, como os Juizados Especiais Cíveis, a Arbitragem, a Mediação, as atas notoriais, entre outras espécies adequadas a demanda da sociedade contemporânea. São reflexos da deformalização do processo, a informalidade e celeridade no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, a amplitude dos poderes dos árbitros no procedimento da Arbitragem, a utilização de vários métodos e metodologias como o fito de atingir o fim na Mediação, a possibilidade de dispor em documentos convalidados informações e dados à serem utilizados como meio de prova e outras situações concernentes aos fatos e necessidades impostas pelos novos e subjacentes direitos de uma nova Era.

Nos Juizados Especiais Cíveis, a delimitação do número de 3 testemunhas, a exclusão da prova pericial, a exclusão das sanções do depoimento pessoal *stricto sensu* e a informalidade da inspeção judicial objetivam a celeridade e efetividade da tutela jurisdicional[25].

No tocante, a amplitude dos poderes dos árbitros permanece a remota controvérsia sobre a função jurisdicional nos meios alternativos de solução de conflitos, porém, admitida nas hipóteses de judicialização da demanda[26].

Na Mediação é possível a apresentação de provas, de forma voluntária, pelos interessados, como também a utilização de métodos de persuasão e esclarecimentos para a condução dos trabalhos por uma equipe multidisciplinar, para a obtenção de acordo, sempre lhes conferindo a confidencialidade. Contudo, restam questionamentos acerca da antecipação de meios de provas, na hipótese de prejudicada o fulcro da Mediação, com futura e iminente judicialização da controvérsia.

Nos Cartórios extrajudiciais, há uma ampliação de serviços administrativos e burocráticos que pressupõe a garantia de resguardar o meio de prova ou resolver um conflito de interesse, por meio de registros oficiais e em assentos, quiçá em algumas hipóteses homologadas, em juízo. Como a inovação do instituto da Ata Notarial acertadamente

à jurisdição. E a plenitude da jurisdição, que compreende o direito de recorrer, não pode prescindir da garantia da motivação, que permitirá ao recorrente impugnar as razões de fato e direito adotadas na sentença.
BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito, *in Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1980, p-85.

incluída no Código de Processo Civil, como meio de prova e garantia de não perecimento do teor do meio probatório, em instrumento próprio e rito especial.

Neste sentido, fica evidenciado a necessidade de adequação dos meios de produção de provas, o texto legislativo e as demandas advindas no transcorrer do tempo.

4. A produção de provas em tempos de Novos Direitos

Apesar da evolução científica do direito probatório nas linhas dogmáticas e pedagógicas das reformas do Código de Processo Civil brasileiro, restou o aprofundamento da discussão da legitimidade e eficácia da aplicação dos meios tecnológicos na produção de provas, embasando a continuidades de propositivas por Comissões de Estudos, no país.

Mesmo porquê permanece uma lacuna na legislação especial que dispõe sobre o marco regulatório de redes de *internet*, seja pelo seu conteúdo meramente legalista-formal e pela própria estrutura do corpo de técnicos especializados nos órgãos administrativos e judiciais brasileiros.

Cabe a formação dos técnicos de várias áreas e atuação em equipes multidisciplinares darem legitimação aos meios de provas, para validarem os fatos e oferecerem subsídios para a convicção do julgador.

É imprescindível essa nova figura do técnico em colaboração na produção de provas para dar maior liberdade na consecução e produção probatória no ordenamento jurídico processual colaborando com o fortalecimento dos poderes do juiz, o que sem dúvida trará a efetividade da tutela jurisdicional[27], por conseguinte, a efetividade almejada da tutela de direito. Sob esse novo enfoque denota-se uma adequação das legislações pertinentes às finalidades dos meios de prova aplicadas sob novas relações fáticas e jurídicas, em particular, na categoria de ações ambientais.

Para as ações judiciais ambientais são utilizadas todas as espécies de provas, como a Produção Antecipada de Provas (artigo 381 CPC); Ata Notarial (artigo 385 CPC); Depoimento Pessoal (artigo 389); Confissão (396 CPC); Exibição de documento e Coisa (artigo 405 CPC); Prova Documental (artigo 439 CPC); Documentos eletrônicos (artigo 442 CPC); Prova testemunhal (artigo 450 CPC); Prova pericial (artigo 464 CPC) e Inspeção judicial (481 CPC). Não restando dúvidas acerca da abrangência de utilização de todos os

meios legais e lícitos para obtenção à contento da materialidade do dano ambiental (CPC/BR, 2015).

Em síntese, elucida-se as espécies com suas finalidades para as ações ambientais correlacionando-a com o códex processual (DIDIER, 2018).

A Produção Antecipada de Provas tem a finalidade de garantir não perecimento do objeto para concretizá-lo em meio de prova e tornar ao fim de certificar o resultado da ação ao dano ambiental. A Ata Notarial reserva a consignação de informações ou dados importantes no teor do documento registrado para possível e futuro conflito ambiental advindo de uma prevenção do dano, cabendo, inclusive como mecanismo de precaução ao suposto requerido em ação judicial ambiental. A Exibição de Documentos confere a comprovação de relatórios e descrição contábil ou técnica, os quais justificam a continuidade de ação ou omissão do agente público ou privado assegurando o direito pleiteado e a reparação do dano ambiental. A Prova documental é a simples constatação do posto em escrita da língua adotada e com validade formal estabelecida, por lei. Os documentos eletrônicos são referendados por autenticações e chaves públicas e privadas de segurança dando credibilidade e confiança ao conteúdo probatório. A Inspeção judicial servirá para a constatação de ato ou dano decorrente no local dos fatos ou com pessoas e coisas, para refutar ou comprovar um fato ou dano ambiental. Levando todas as espécies de provas elencadas como um rol exemplificativo, não olvidando a prevalência da busca da verdade formal para comprovação de danos que atinjam a coletividade (AMADO, 2018).

Diante desta breve descrição das espécies de provas aplicadas também nos procedimentos das ações judiciais envolvendo novos direitos estabelecem-se a infinitude de possibilidade e aplicação dos meios de provas, como exemplificativo, na esfera ambiental e, tecnológica e telemática, do qual justifica-se a importância de estudar, de forma aprofundada a temática, destacando a secundarização do debate da legalidade à mercê da proteção dos direitos difusos e coletivos, de toda sociedade.

5. Da produção dinâmica da prova nos procedimentos de ações de direitos difusos e coletivos.

Outra questão controvertida ao abordar a temática é o instituto da "inversão do ônus da prova" e a flexibilização do ônus da prova, nos procedimentos das ações ambientais (MACEDO, 2018). O dispositivo legal fundamenta:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
> II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A inversão do ônus da prova pressupõe a hipossuficiência do autor na produção de provas e a transferência da atividade probatória para o réu, com a alteração da regra geral daquele que alega que deve provar o alegado. Já a flexibilização do ônus da prova adota os mecanismos mais adequado para resolução daquele determinado conflitos de interesses (LOPES, 2018). Geralmente, nas ações ambientais há inversão do ônus da prova e flexibilização, em decorrência das especificidades do conflito e pela própria complexidade de comprovação nos autos do processo no deslinde do procedimento. Ainda que, sejam fatos notórios e de grande repercussão nas mídias e meios de comunicação, daquela atingida comunidade.

São raras as hipóteses em que o juiz tenha experiência técnica para a análise e convencimento do conteúdo do meio de prova apresentado em juízo, em especial, nas ações ambientais.

> Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

Do mesmo modo, existem legislações especiais delimitando o tratamento de fatos e direitos atinentes aos costumes locais, os quais recaem em infortúnios ou danos ambientais. Cabe a parte alegar e apresentar o embasamento legal sob qual pretende limitar a análise judicial, para a justa medida de análise da demanda, sem prejuízo do livre convencimento e convicção do juiz.

> Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Caberá ao juiz requisitar ou solicitar, quando for o caso, o atendimento de profissionais especializados para atendimento da produção de provas no curso do trâmite processual.

A maior dificuldade é manter um quadro de técnicos e peritos vinculados ao juízo. Nomeiam-se peritos oficiais indicados pelo juízo ou assistentes técnicos contratados pela parte, novamente, recaindo no problema do custo e das despesas processuais, à encargo das partes.

No quadro dos peritos nomeados e assistentes técnicos conveniados na Justiça estadual e federal brasileira têm-se a figura do perito voluntário, porém, a precariedade da remuneração menospreza a prestação de serviços altamente técnica, nos autos do processo. Da mesma forma, àqueles que são nomeados pela Assistência Judiciaria recebem parcos valores remuneratórios frente a complexidade de análise das causas e pelo próprio interesse social envolvido nas demandas ambientais, porém, não devem se eximir de colaborar para com o Poder Judiciário, conforme preceitua a lei.

> Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

A técnica melhor adotada é a utilização da espécie de provas da Inspeção judicial, como o meio de iniciar a coleta de informações e indícios ou verificar documentos e apreender objetos para a constatação dos fatos, sempre com a colaboração de técnicos ou terceiros envolvidos na situação local dos fatos e no território.

> Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: (...) II – colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que Ihe for determinado. III – praticar o ato que lhe for determinado.
>
> Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II – exibir coisa ou documento que esteja em seu poder.
> Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Entretanto, tais expedientes externos dependem de uma infraestrutura adequada, equipamentos e equipe técnica especializada, para cada cumprimento de ato probatório, com a assertiva de medidas condutivas para o êxito na produção da prova, ao final.

Os últimos acontecimentos e fatos notórios envolvendo a lesão e o dano ao meio ambiente no território brasileiro revela a precariedade dos recursos humanos e estrutura do Poder Judiciário denotando o risco ao cumprimento dos fundamentos da proteção ao meio ambiente equilibrado.

Esta fragilidade física e humana incorre em afetação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, e, principalmente, dos princípios norteadores do direito ambiental.

São inúmeros os acontecimentos noticiados e vivenciados pela sociedade brasileira, dentre elas, o emblemático - o "Caso Mariana", o que não se pode olvidar à contento a negociação daquilo que é intransacionável ao tratar de Direito Fundamental ao Meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável (OLIVEIRA, 2017).

O resultado desta rotina de omissão do fortalecimento das estruturas judiciais e de seus auxiliares definem uma situação de calamidade, levando ao clamor social, pela garantia do Acesso ao Poder Judiciario para resolução de seus conflitos de interesses, com todos os mecanismos e meios adequados no devido processo legal, quando atingida o preceito da Vida e do meio ambiente equilibrado.

6. CONCLUSÃO

O grande desafio da utilização dos meios de provas no âmbito das Ciências ambientais subjaz a questões teóricos e legislativo, enseja em graves problemas na práxis da rotina forense e das estruturas do Poder Judiciario.

A legislação constitucional e infraconstitucional demonstra os avanços e tendências da dogmática da Teoria da Prova aplicada em todas as áreas cíveis, com especificidades precisas nas ações ambientais e seus procedimentos.

Os meios probatórios valem por si no sistema normativo consolidado, não se bastando para controlar as ações de seus sujeitos no ato de degradação ambiental, o que se convalidará, tão somente, por meio da educação e fiscalização máxima da tutela de direitos.

A questão é o aparato da organização judiciaria para compor essa nova ordem de direitos, de forma sistemática e eficiente, atendendo em caráter prévio o atendimento de uma coletividade, para talvez, em última hipótese, atender ao jurisdicionado. Principalmente, com a garantia de precaução e prevenção de eventos danosos ao meio ambiente.

A realidade imperativa e calamitosa sobrepesa a precariedade de infraestrutura das instituições, de tal modo que, estas não respondem à situações e fatos gravíssimos ocorridos no meio ambiente. De sobremaneira, a omissão estatal subjacente a irresponsabilidade dos agentes e sujeitos causadores dos danos ambientais afetam a saúde, o bem-estar, o bem viver de toda a sociedade. Seja pelos fatos, pela dogmática ou prática, pelos técnicos e pela sociedade, todos clamam por um aprimoramento das estruturas de precaução e prevenção dos desastres ambientais, sob pena de impunidades decorrentes da fabilidade das próprias instituições.

7. Bibliografia

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental.** Direito Esquematizado, 9ª edição. Editora JusPodivum, 2018.

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental.** Editora Lumen Juris, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito**, *in Temas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1980, p-85.

_____. **Nulidades da sentença.** Revista dos Tribunais, 1987, p-140-141.

BETTI. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Foro Italiano, 1936, p- 335.

CARNELUTTI. *Sistema di diritto processuale civile.* Padova: Cedam, 1936, v.I, p-426/425.

_____. *Massime di esperienza e fatti notori. Rivista di Diritto Processuale Civile,* 1959, p-639.

CALDAS AULETE. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 6. ed. Lisboa: Bertrand, p-719.
CAPPELLETTI, Mauro. *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte, in Rivista di Diritto Civile.* 1961.
CHIOVENDA, . *Instituições de direito processual civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v II, p-379.
COMOGLIO, Luigi Paolo et al. *Lezioni sul processo civile.* Bolonha, Il Mulino, 1995, item 3º, p-512.
_____. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionale, cit. p- 1077.*
COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1972, p-245.
DIDIER, Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO; Ravi e FREIRE, Alexandre. **Provas.** Coleção no Nova CPC. Doutrina Selecionada, volume 2 – Processo e Procedimento. Editora JusPodivum, 2018.
DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* vol. III, ano 10984, p-731; PISANI, *Diritto Processuale civile,* 2. Editora Nápoles, Jovene Editore, 1996, p-453.
GARRITY V., *Wong Sun v. United States.* New Jersey, 385, U.S. 493, 1967 – Map v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961.
GASTON STEFANI e GEORGES LEVASSEUR, *Droit Pénal Général et Procédure Penale,* tomo II/1, 9ª edição, Paris, 1975.
GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual.** Editora Forense Universitária, 1990.
_____. **Liberdades Públicas e Processo Penal.** Editora Revista dos Tribunais, itens. 7 e 8, 2ª edição, 1982.
JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba em el proceso civil.* Barcelona: Bosch, 1986.
LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil.** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p- 18.
MACEDO, Luca Buril. **O ônus da prova e sua dinamização.** Editora JusPodivum, 2ª edição, 2016.
MARQUES, Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, Millennium, 1999, vol. III, p.347.
MELENDO, Santiago Sentis de. *La prueba – Los grandes temas de derecho probatorio.* Bueno Aires: Ejea, 1978, p-131.
MITTERMAYER. **Tratado da prova em matéria criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1909, p-75.
NERY, Nelson Jr. Rosa Maria de Andrade Nery. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 17ª edição. Editora Saraiva, ano 2018.
RAMOZ MÉNDEZ, *Derecho preocesal civil,* 5. Editora Barcelona, Bosch, 1992, p-549.
VIGORITI, Vicenzo. *Prove Illecite e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1968.

Do direito à proteção de dados do menor à aplicação do RGPD: análise do consentimento do menor e a Convenção sobre os Direitos das Crianças

Cândida Carvalho[1]

Resumo: Esta comunicação pretende analisar de forma crítica o direito à proteção de dados como direito fundamental aplicado aos menores, nomeadamente, o consentimento dos menores para o tratamento dos seus dados pessoais por serviços da sociedade de informação. O grande ponto de conflito europeu prende-se com a idade da criança para consentir, que poderá ser livremente fixada, dentro dos limites dos 13 aos 16 anos de idade, pelos Estados-Membros e o seu impacto no livre desenvolvimento da personalidade da criança. Acompanhamos esta análise com diversos estudos na área da psicologia que aborda as características de cada faixa etária dos jovens e as suas capacidades de compreensão do mundo digital; passaremos pelos planos curriculares das escolas portuguesas para compreender qual o nível de formação na área da proteção de dados na disciplina de TIC com intuito de desvendar se as crianças até aos 16 anos de idade são munidas de ferramentas necessárias que as prepare para o manuseio do mundo digital e que sejam utilizadores de tecnologia e internet prevenidos e informados.

Toda esta investigação será complementada com um profundo estudo da Convenção sobre os Direitos da Criança, dando um maior enfase ao artigo 12.º sobre o direito à participação da criança como a outros direitos que estão relacionados com o uso das novas tecnologias, da internet e a proteção de dados pessoais de forma a alcançar de que forma os Estados-Membros, a família das crianças, a escola e a comunicação social estão a falhar e a violar os direitos das crianças. Para finalizar, propomos um breve estudo comparativo da

[1] Doutoranda em Bioética, Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Doutoranda em Direito com especialidade em Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito na especialidade de Ciências Jurídico-Processuais na Universidade Autónoma de Lisboa. Mestranda em Bioética na *Universidad del Museo Social Argentino*, Buenos Aires. Investigadora na IBEROJUR, na área de Bioética e Direito Biomédico e no Instituto de Bioética, Universidade Católica Portuguesa do Porto. Graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Graduada em Direito das Energias Renováveis pelo Departamento de Altos Estudos em Direito da Energia, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Advogada-estagiária. Licenciada em Direito.

visão de Portugal, França e Holanda em matéria de proteção de dados de menores, principalmente, no toque ao consentimento do menor para o tratamento de dados.

Com esta comunicação pretendemos construir um caminho jurídico com bases sólidas no princípio do superior interesse da criança e na sua dignidade, de forma a garantir uma verdadeira proteção do direito fundamental da proteção de dados pessoais e a proteção dos direitos das crianças.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Menores; Consentimento do menor; Convenção sobre os Direitos das Crianças; Princípio do Superior Interesse da Criança

1. Introdução

O direito à proteção de dados encontra-se previsto no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). A proteção dos dados pessoais e o respeito pela vida privada são direitos fundamentais essenciais. O Parlamento Europeu sempre persistiu na carência de alcançar um harmonia entre a melhoria da segurança e a preservação dos direitos humanos, compreendendo a privacidade e proteção de dados[2].

Perante a descoberta que os dados pessoais possuem valor económico e que muitas organizações investiram na recolha e tratamento de dados[3] de diversos de consumidores europeus levou a que os Estados-Membros decidissem que era necessário adotar um regulamento europeu adaptado à proteção de dados com regras, períodos e sanções comuns aplicadas a todos os Estados-Membros[4].

O Regulamento foi, também, pensado e estruturado para envolver mais ativamente os cidadãos europeus, passando-lhes a informação que aquele foi criado para eles e com consequências para quem não os respeitasse. Como prova surge o direito à proteção de dados pessoais, o direito à informação, o direito de acesso, o direito de retificação, o direito ao apagamento dos dados, o direito à limitação do tratamento, o direito à notificação, o direito à portabilidade dos dados, o direito de oposição, o direito a não ficar sujeito a decisões automatizadas, o direito a ser avisado em caso de violação de dados pessoais e os direitos

[2] Proteção dos Dados Pessoais. [em linha]. [consult.16 junho 2018]. [Disponível em http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf].

[3] Os dados pessoais deixaram ser simples informações dos clientes, fornecedores e público em geral recolhidas e armazenadas pelas empresas, sem terem noção do valor daqueles, e tornaram-se informações de grande valor económico, ao ponto de estarmos perante uma sociedade que assenta em dados pessoais, pois, hoje, conhecer hábitos de consumo, tendências, necessidades e preferências é uma arma muito poderosa das organizações.

[4] SALDANHA, Nuno – Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar?. FCA – Editora de Informática, Lda. Lisboa: Março, 2018. P.XV

relacionados com os princípios do tratamento de dados pessoais, designadamente, que os dados sejam objeto de tratamento lícito, leal e transparente, recolhidos com finalidades determinadas, adequadas, atualizados, limitados, exatos, pertinentes, entre outros[5]. A reforma da proteção de dados da UE irá reforçar os direitos dos cidadãos, proporcionando-lhes um maior controlo sobre os seus dados e a garantia de que a sua vida privada continua a ser protegida na era digital[6].

As questões sobre a proteção de dados pessoais e as crianças surgem relacionadas com a forma como é dado o consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Segundo o artigo 8.º do Regulamento, no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, o tratamento dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança[7].

Observando o Considerando 38 do Regulamento, as crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, designadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças. O consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança.

Ainda sobre a idade da criança para consentir, o artigo 8.º acrescenta que os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para o efeito, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos. É precisamente a idade da criança e o consentimento da mesma que é o grande ponto de discórdia na comunidade europeia, dividindo-se as opiniões relativamente à mesma. Num extremo, temos os defensores do consentimento apenas a partir dos 16 anos, noutro extremo, temos aqueles que defendem que as crianças devem ser

[5] *Ibidem,* p. XVI

[6] Proteção dos Dados Pessoais. [em linha]. [consult.16 junho 2018]. [Disponível em http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf].

[7] Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [em linha]. [Consult.17 maio 2018]. [Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679].

livres de dar o seu consentimento desde sempre e, outros, que defendem que as crianças devem poder consentir desde os seus 13 anos de idade.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças é chamada à colação por se entender que o direito à participação da criança, previsto no artigo 12.º entre outros direitos, encontram-se a ser violados por ser fixado uma idade sem consultar primeiro as crianças e jovens europeus e por, tendencialmente, estar a tentar proibir-se algo, em vez de fornecer ferramentas para que as crianças estejam preparadas para um uso preventivo dos serviços da sociedade de informação e para que estejam capazes de dar um consentimento livre, esclarecido e informado.

2. O consentimento do menor

O tratamento dos dados pessoais dos menores seguem os princípios previstos no artigo 5.º do Regulamento, nomeadamente, o princípio da licitude, lealdade e transparência; o princípio da limitação das finalidades, da minimização dos dados, da exatidão, da limitação da conservação, da integridade e confidencialidade, e, o princípio da responsabilidade[8]. Para que os serviços da sociedade de informação[9] possam proceder ao tratamento dos dados pessoais do menor, dependem do seu consentimento, que deve ser entendido como uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o menor aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhes dizem respeito sejam objeto de tratamento[10].

O consentimento é um dos requisitos imperativos para que o tratamento seja lícito[11] e o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Caso o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples[12].

---

[8] Para mais esclarecimentos sobre os princípios deve analisar o artigo 5.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

[9] Sobre os serviços de sociedade de informação consultar CASTRO NEVES, A., «A indústria dos Conteúdos», Lisboa, Gabinete de Estudos Económicos, Documentos de Trabalho, nº 49, Ministério da Economia, 2003; Artigo 3.º, n.º1, do Decreto-Lei 7/2004, de 7 de Janeiro. [em linha]. [Consult.17 maio 2018]. [Disponível em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/240775/details/normal?p_p_auth=Nut9Q4ac]. Artigo 1.º, n.º1, alínea b) da Diretiva (EU) 2015/1535 do Parlamento Europeu e do Conselho. [em linha]. [consult.14 maio 2018]. [Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535].

[10] Artigo 4.º, n.º11 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

[11] Artigo 6.º, n.º1, alínea a) do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

[12] Artigo 7.º, n.º1 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

Observando o considerando 32 do Regulamento, o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio *web* na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais.

Acrescenta-se que o silêncio, as opções pré-validades ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos emque o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos os fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido[13].

O menor, como titular dos dados, tem o direito de retirar o seu consentimento a qualquer momento, sendo que este ato, não compromete a licitude do tratamento efetuado com base no consentimento previamente dado[14].

Nos termos do artigo 8.º do Regulamento os menores apenas podem consentir no tratamento dos deus dados pessoais, no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade de informação, a partir dos 16 anos, caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais das crianças. Contudo, o Regulamento prevê que os Estados-Membros podem dispor no seu direito uma idade inferior para os efeitos referidos, desde que essa idade não seja inferior a 13 anos. Assim, o responsável pelo tratamento de dados deve sempre verificar se o consentimento foi dado ou autorizado pelo titular das responsabilidades parentais da criança, tendo em conta a tecnologia disponível.

O responsável pelo tratamento, por estar a dirigir-se a crianças, deve tomar todas as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações[15] a respeito do tratamento dos

[13] Considerando 32 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.
[14] Artigo 7.º, n.º3 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.
[15] As informações a fornecer ao menor são as presentes no artigo 13.º e 14.º do Regulamento sobre a Proteção de Dados.

dados, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples[16].

Atendendo à Proposta de Lei n.º120/XIII, no que toca ao consentimento de menores para aceder a serviços da sociedade de informação, considera-se adequada a idade de treze anos, em harmonia com a opção feita noutros Estados-Membros da União Europeia quanto a redes e plataformas que, em regra, têm um caráter transnacional. Determina-se ainda, quanto a menores de idade inferior a treze anos, que o consentimento deve ser prestado pelos respetivos representantes legais, abrangendo quer os titulares das responsabilidades parentais, quer o tutor, preferencialmente com recurso a meios de autenticação segura, como o Cartão de Cidadão ou a Chave Móvel Digital[17].

A idade para consentir é um ponto de grande divergência entre os especialistas em crianças e jovens e os Estados-Membros. Enquanto Portugal pretende fixar os 13 anos como idade mínima para consentir, França propõe os 15 anos como idade mínima para consentir e, entre os 13 e os 15 anos, terá de ser os progenitores ou responsáveis legais a consentir, sendo que, abaixo dos 13 anos é estritamente proibido o tratamento de dados pessoais dos menores. A Alemanha, Holanda, Hungria, Lituânia e Eslováquia vão manter os 16 anos como proposto no Regulamento[18].

Tito de Morais, fundador do Miúdos Seguros na Net, defende que a questão da proteção dos dados pessoais dos menores não fica resolvida com um limite de idade a partir do qual não é necessário consentimento parental, é necessário focar na informação, educação, disponibilização de serviços e ferramentas que protejam as crianças e os adultos. No mesmo sentido, Cristina Pontes, defende que é indispensável investir na literacia digital, educando os jovens para que ganhem consciência de que deixam pegadas no mundo virtual e que a proteção de dados e o uso preventivo dos serviços da sociedade de informação devem ser incluídos nos currículos das escolas[19].

Ivone Patrão, psicóloga, afirma que Portugal poderia seguir o exemplo de França, pois, nas idades mencionadas, as crianças já adquiram maior maturidade cognitiva e

---

[16] Artigo 12.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.

[17] Proposta de Lei n.º120/XIII. [em linha]. [consult.02 junho 2018]. [Disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5449774c56684a53556b755a47396a&fich=ppl120-XIII.doc&Inline=true].

[18] COSTA, Rita Marques - Proteção de Dados. Para usarem dados de crianças os sites terão de ter o aval dos pais. 1 de Março de 2018. [em linha]. [consult. 6 Abril de 2018]. [Disponível em https://www.publico.pt/2018/03/01/sociedade/noticia/sites-so-poderao-usar-dados-de-menores-de-13-anos-se-pais-deixarem-1804874].

[19] *Idem.*

emocional, para exercer algum autocontrolo face ao que possa surgir na internet e acrescenta que é necessário legislar neste sentido, alertando que o legislador deve conhecer os dados da realidade portuguesa e perceber que existem muitas crianças e jovens em risco, devido à ausência da supervisão de um adulto, enquanto contactam com o mundo *online*, confirmando que muitas crianças já navegam na internet desde os 8 anos, sem supervisão e antes dos 13 anos já têm um perfil criado nas redes sociais, mentido relativamente à sua idade[20].

3. Convenção sobre os Direitos das Crianças e os Direitos Digitais

Uma vez que os jovens europeus não foram ouvidos sobre a fixação de idade mínima para consentir e a necessidade de haver consentimento dos seus responsáveis legais até aos 16 anos, ou entre os 13 e os 15 anos conforme a idade fixada pelos Estados-Membros, estamos perante a violação do direito à participação, consagrado no artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos das Crianças (CDC)[21].

3.1. O Direito à participação

Atentando ao artigo 12.º da CDC[22], verificamos que os Estados Partes devem garantir à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhes dizem respeito, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade, visto se tratar de um assunto que a afeta diretamente.

Assim, as crianças devem envolver-se ativamente nas questões que estão direta ou indiretamente relacionadas consigo e os Estados devem encorajá-las a formarem uma visão ou uma perspética livre e informada e promover um ambiente capaz de ouvir a criança. Para tal, é imprescindível que seja fornecida toda a informação necessária, de forma clara e adequada à idade da criança, só assim, estará apta a se pronunciar.

O direito à participação é um direito da criança, não é uma obrigação, ela exerce o seu direito apenas quando quiser, não existe uma idade mínima para exercê-lo, pois, muitos estudos indicam que mesmo antes das crianças conseguirem expressar-se verbalmente, são capazes de formar pensamentos que podem ser expressos em desenhos ou até expressão

[20] Crianças a torto e a Direitos. 16 seria o ideal mas há crianças portuguesas a navegarem online sozinhas desde os 8 anos. 12 de Março de 2018. [em linha]. [consult. 19 março de 2018]. [Disponível em https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/regulamento-geral-de-protecao-de-dados-rgpd/].

[21] Neste sentido, ver o Manual de Ação para Jovens, disponível em http://www.miudossegurosna.net/GDPRHaveYourSay/Teen_Action_Kit_PT.pdf. 10 Razões pelas quais os adolescentes não precisam de consentimento parental para aceder aos serviços da sociedade de informação, disponível em http://www.miudossegurosna.net/GDPRHaveYourSay/Triptyque_insight_Portugais.pdf.

[22] Convenção dos Direitos da Criança. [em linha]. [consult. 8 dez. 2017]. [Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf].

facial. Desta forma, os Estados têm obrigação de ouvir a criança, independentemente das suas dificuldades em comunicar e se expressar, para tal, devem munir-se com especialistas e pessoas capazes de compreender e decifrar a expressão verbal, corporal e artística da criança.

O direito da criança ser ouvida e de participar deve ser implementada em todas as áreas do quotidiano sempre que o assunto lhe diga respeito e o que propomos é analisar este direito na família, na escola e o papel que deve ser desempenhado pelo Estado para garantir e proteger este direito.

3.2. O direito à participação na família

A criança deve sentir-se livre e à vontade para expressar o seu ponto de vista junto dos seus familiares, e estes, devem saber ouvir, aceitar e tomar em consideração. Os responsáveis pela criança devem promover, preparar e encorajar a criança a manifestar-se sempre, exercendo o seu direito a ser ouvida.

Os familiares mais próximos têm o dever de diligenciar o desenvolvimento das capacidades de socialização da criança, com brincadeiras preventivas contra qualquer tipo de violência, perigo ou risco. Estando perante um estudo sobre o direito da proteção de dados pessoais dos menores, os pais, como responsáveis por guiares e promoverem o crescimento da criança, devem estar informados e interessados sobre este tema, de forma a terem capacidades para fornecer uma informação completa e adequada para que a criança compreenda e se envolva.

Para tal, o Comité recomenda que os Estados promovam programas de educação parental para que os pais estejam sempre informados e atualizados sobre todos os temas relacionados com os filhos e também os seus direitos; acabando for fazer também uma referência à comunicação social, aconselhando, para que se aposte numa comunicação de qualidade e adequada a pais e filhos[23].

3.3. O direito à participação na escola

A escola tem, igualmente, um papel fundamental no desenvolvimento da criança e contribui na livre formação da personalidade da mesma. Neste sentido, a escola deve facultar todas as ferramentas necessárias para que as crianças desenvolvam espírito crítico sobre todas as matérias da sociedade, relativamente à proteção dos dados pessoais, a escola deve organizar programas educacionais para preparar todas as crianças para um uso preventivo

[23] General Comment NO.12 (2009). The right of the child to be heard. Commitee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child. [em linha]. [consult. 11 maio 2018]. [Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf]

dos serviços da sociedade de informação, para que se tornem utilizadores de tecnologia e da internet seguros, conscientes dos riscos e responsáveis pelas suas ações.

Estes programas educacionais devem abranger toda a comunidade escolar e também os encarregados de educação para que todos estejam preparados, informados, interessados e consciencializados sobre o impacto e da importância da proteção de dados, proporcionando um atendimento à criança mais personalizado e completo.

4. Conclusões

Para que as crianças estejam bem informadas e preparadas para consentir e participar ativamente na sociedade, principalmente, sobre os assuntos que lhe digam diretamente respeito, é necessário um esforço por parte dos pais, da escola e do Estado, no sentido de fornecer informação de qualidade e adequadas à idade, maturidade e capacidade de compreensão de cada criança. Não nos podemos esquecer que estamos a viver na época tecnológica e digital e que o objetivo das sociedades é incluir todos os seus cidadãos, fomentando as suas capacidades em manusear a internet e a tecnologia, contribuindo para a literacia digital, a literacia do século XXI.

A existência de uma idade mínima para o menor consentir não está a protege-lo dos riscos de um tratamento de dados irresponsável ou dos perigos provenientes do normal uso da internet e dos serviços da sociedade de informação. As crianças e os jovens utilizam este tipo de serviço desde muito cedo, estão constantemente conectados, principalmente por viverem numa sociedade digital. Os Estados-Membros ao fixarem diferentes limites mínimos de idade para consentir (desde os 13 aos 16 anos) estão a criar uma discriminação entre crianças, em função do país em que vivam, pois, algumas terão acesso a este tipo de serviço mais cedo que outras e algumas crianças ficarão à mercê do consentimento dos seus responsáveis legais, que caso sejam menos instruídos ou informados terão tendência em proibir.

É imperativo a alteração dos planos curriculares das escolas, de forma, a proporcionar um estudo desde muito cedo da complexidade dos dados pessoais e a sua proteção, assim como dos riscos do uso dos serviços da sociedade de informação, para que as crianças tornem-se utilizadores preventivos, conscientes e responsáveis. É necessário que os responsáveis legais, as escolas e o Estado estejam ativamente empenhados em manter-se informados e atentos às necessidades das crianças e prepará-las para protegerem e exercerem o seu o direito à proteção dos seus dados pessoais desde muito novos e não haja a necessidade de prolongar a idade do consentimento para os 16 anos, sentindo-se verdadeiramente protegidos, preparados, responsáveis, capazes e inseridos em sociedade.

5. Referências bibliográficas

Convenção dos Direitos da Criança. [em linha]. [consult. 8 dez. 2017]. [Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf].
COSTA, Rita Marques - Proteção de Dados. Para usarem dados de crianças os sites terão de ter o aval dos pais. 1 de Março de 2018. [em linha]. [consult. 6 Abril de 2018]. [Disponível em https://www.publico.pt/2018/03/01/sociedade/noticia/sites-so-poderao-usar-dados-de-menores-de-13-anos-se-pais-deixarem-1804874]
Crianças a torto e a Direitos. 16 seria o ideal mas há crianças portuguesas a navegarem online sozinhas desde os 8 anos. 12 de Março de 2018. [em linha]. [consult. 19 março de 2018]. [Disponível em https://criancasatortoeadireitos.wordpress.com/tag/regulamento-geral-de-protecao-de-dados-rgpd/]
General Comment NO.12 (2009). The right of the child to be heard. Commitee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child. [em linha]. [consult. 11 maio 2018]. [Disponível em http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf]
Proposta de Lei n.º120/XIII. [em linha]. [consult.02 junho 2018]. [Disponível em http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795958 42774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a53533930 5a58683062334d76634842734d5449774c56684a53556b755a47396a&fich=ppl120-XIII.doc&Inline=true]
Proteção dos Dados Pessoais. [em linha]. [consult.16 junho 2018]. [Disponível em http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf]
Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [em linha]. [Consult.17 maio 2018]. [Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679]
SALDANHA, Nuno – Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados. O que é? A quem se aplica? Como implementar?. FCA – Editora de Informática, Lda. Lisboa: Março, 2018.

A inovação docente na prática pedagógica: estudo de caso de gamificação no ensino do direito

Daniela Serra Castilhos[1]

Dora Resende Alves[2]

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Resultados 4. Conclusões. 5. Bibliografia

1. Introdução

O estudo apresentado surge num momento cronológico em que foi apresentado publicamente relatório internacional da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)[3] sobre a educação.

A importância da educação como direito humano e fundamental, garante de valores democráticos é também um tema atual de política nacional portuguesa e no âmbito da União Europeia, surgindo em foco em documentação relevante.

Assim surge o debate sobre as metodologias ativas de aprendizagem que se baseiam na descentralização da função de professor em sala de aula. É desejada uma transição para uma aprendizagem centrada no aluno, permitindo aos professores planear diferentes abordagens para promover a eficácia dessa aprendizagem.

Entre as metodologias de aprendizagem ativa existentes, e no sentido de voltar a atenção dos alunos para o tema pretendido, a escolha foi voltada para a "gamification" ou gamificação, na tradução portuguesa, sendo certo que a palavra não adquire a mesma relação entre significado e significante que na língua inglesa. Ainda assim, opta-se por utilizar a palavra traduzida.

Resultou a opção de aplicar em algumas aulas a dita gamificação, enquanto técnica que permite combinar conteúdo, jogo e tecnologia com o objetivo de motivar a experiência de aprendizagem em sala de aula. De acordo com Ribeiro *et al* essa metodologia visa

[1] Doutora e Investigadora em Direito

[2] Doutora e Investigadora em Direito

[3] Organização internacional de cooperação criada pela reformulação, em 1961, da Organização para a Cooperação Económica (OECE), de 1948. Em https://www.oecd.org/ , consulta em 30/09/2018.

aprimorar a experiência de aprendizado do aluno, introduzindo uma alternativa aos métodos tradicionais de avaliação e gerenciamento de classe, chamando a atenção dos alunos através de atividades gamificadas com metas e classificações em um ambiente colaborativo. [4]

A gamificação representa um desafio para os professores que atuam em instituições de ensino superior, e está se tornando um "trending topic" em eEducação. Embora a gamificação não esteja limitada ao uso de jogos em torno do uso da tecnologia para fins educacionais (por exemplo, videojogos educacionais na forma de jogos sérios), os videojogos educacionais representam uma alta percentagem de todos os esforços de gamificação na educação.[5]

2. Metodologia

O presente trabalho relata um estudo de caso sobre o qual foi aplicado um questionário utilizando a plataforma kahoot como estratégia de ensino-aprendizagem ativa na disciplina Direito Constitucional de uma universidade portuguesa.

Com o objetivo de envolver mais a atenção dos alunos do 1º ciclo em Direito nas aulas, optou-se por aplicar uma metodologia de aprendizagem ativa durante as aulas práticas de Direito Constitucional. Dentro da planificação de aulas, foi escolhido empregar tal técnica na 7ª Semana de aula, que corresponde a revisão da matéria para o 1º mini-teste, quando os estudantes já teriam algum domínio sobre o conteúdo, pois seriam avaliados na semana seguinte.

Kahoot! é uma ferramenta popular de *e-learning* que pode ser facilmente usada para adicionar vitalidade, envolvimento do aluno e suporte meta-cognitivo a salas de aula de ensino superior com treinamento limitado de instrutor ou estudante. A plataforma de aprendizado on-line gratuita ganhou ampla aceitação globalmente com mais de 30 milhões de usuários em todo o mundo, e baseia-se em metodologias atuais de design centrado no usuário e no comportamento.[6]

Foram elaboradas 20 questões de alternativas entre verdadeiro e falso. Foi aplicado em três turmas práticas em que ao todo compareceram 60 estudantes, distribuídos em turmas de 23, 22 e 25 elementos. Tratou-se de um universo em que, previamente alertados para a

[4] Ribeiro, L., Silva, T., & Mussi, A. (2018, April). Gamification: a methodology to motivate engagement and participation in a higher education environment. *International Journal of Education and Research*, pp. 249-264.
[5] Martí-Parreño, A., & Sánchez-Mena, J. (2017, October). Drivers and Barriers to Adopting Gamification: Teachers' Perspectives. *EJEL The Electronic Journal of e-Learning*, pp. 434-443.
[6] La Rosa, C., & Pump, J. (2, 2). Using Kahoot! in the Classroom to Create Engagement and Active Learning: A Game-Based Technology Solution for eLearning Novices. *Management Teaching Review*, pp. 151-158.

possibilidade de utilização de equipamento digital, todos os alunos utilizaram seus próprios dispositivos móveis.

A cada questão respondida, conforme os resultados, a docente explicava com mais pormenor a resposta, com enquadramento teórico-normativo. Os estudantes manifestavam muita animação e focavam a sua atenção no tema. Para aumentar o interesse dos estudantes e a competição entre eles, foram informados que o estudante que obtivesse melhor resultado receberia um prêmio simbólico (no caso, um simples chocolate no sentido lúdico de criar um momento de descontração).

A avaliação da experiência foi obtida a partir de narrativas anónimas escritas apresentadas resumidamente pelos alunos no final das aulas. Essas narrativas foram analisadas com metodologia qualitativa.

3. O contexto da educação

O tema em estudo deve ser colocado no contexto mais vasto da educação enquanto direito fundamental consagrado na ordem jurídica nacional, internacional e, especificamente, da União Europeia. Tal, desde a passagem para a fase constitucional do Estado[7] e como elemento fundamental do Estado num funcionamento de bases democráticas.

Tanto assim é que a educação representa hoje um valor económico e de desenvolvimento[8] para alcançar um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo[9].

Regressando à OCDE, o relatório publicado em setembro de 2018[10] foca um ensino para todas as faixas etárias, não apenas para crianças e jovens. A educação é para toda a população. Curiosamente, Portugal[11] surge abaixo das médias de literacia dos países analisados. Tal acontece na educação de adultos (25-64 anos) e deste relatório resultariam, sempre na perspetiva da educação e seu universo, análises importantes ligadas à igualdade de género[12], mas que não nos ocupam no momento presente.

---

[7] SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 2016, p. 224.

[8] No documento COM(2016) 941, p. 2.

[9] Documento COM(2011) 567 final, p. 2.

[10] Para acesso ao documento https://read.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018_eag-2018-en#page1, consulta em 30/09/2018.

[11] Conforme https://read.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018/portugal_eag-2018-63-en#page1 , consulta em 30/09/2018.

[12] Sobre o tema, a autora, "A questão da paridade no ensino superior" no *Livro de Resumos do PlanEqual 2016* – 1.º Simpósio sobre Políticas para a Igualdade e Investigação em Direitos Humanos e Género na Faculdade de Letras da Universidade do Porto, em parceria com *Clara de Sousa Alves*, pp. 6 e 7.

4. A utilização das tecnologias

Prensky distingue "nativos digitais" de "imigrantes digitais". Os alunos de hoje não são mais as pessoas que nosso sistema educacional foi projetado para ensinar, porque representam a primeira geração a crescer com as novas tecnologias da informação e comunicação. [13]

As chamadas ferramentas informáticas são mencionadas recorrentemente na documentação da União Europeia como meios de reforço dos valores democráticos[14] e aqui é bem evidente como se colocam ao serviço desse intuito de construir uma sociedade mais forte no sentido da integração através da sua utilização em todos os graus de ensino.

De outro modo, esta transformação digital que é a utilização de instrumentos de ensino através de meios digitais, e vai até de encontro aos objetivos de transparência prosseguidos no direito da União Europeia, conforme estabelecido no artigos 15.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia[15] conjugado com o artigo 42.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia com a ligação ao direito na falada "pegada legislativa"[16] de construção do direito.

5. Novos métodos de ensino/aprendizagem

Os professores precisam reformar os métodos de ensino e a entrega de palestras de aula para compensar, na medida do possível, as diferenças na capacidade acadêmica e motivação entre os alunos, conforme proposto por Ohno *et al* o aprendizado ativo é um método com possível utilidade na implementação de uma mudança de paradigma de uma

[13] Prensky, M. (2001). Digital Natives, Digital Immigrants Part 1. *On the Horizon, 9*(5), pp. 1-6.

[14] Resolução 2018/C 337/04 do Parlamento Europeu, p. 21, § A.

[15] Documentos institutivos em https://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties/treaties-force.html , consulta em 30/09/2018.

[16] Resolução 2018/C 337/18 do Parlamento Europeu, p. 121, 1.

abordagem passiva e unidirecional para o design de aulas com uma orientação proativa e interativa. [17]

6. Resultados do estudo

Os dados foram coletados por meio de um inquérito de questões abertas aplicado aos alunos, a fim de avaliar a proposta didática. Os resultados obtidos foram positivos quanto à motivação dos alunos no uso das ferramentas colaborativas e a contribuição no processo de ensino.

O uso do Kahoot permite feedback imediato e frequente, o que oferece oportunidades para o professor adaptar suas instruções com base na compreensão do aluno na resolução de cada questão. A importância do feedback que foi demonstrado na pesquisa de Kapp[18] também foi sentida pelos próprios estudantes, conforme o comentário expresso "Na própria aula eu pude perceber os que já tinha memorizado da matéria, excelente para una aula de revisão".

Ainda sobre as vantagens do *feedback*, Hanus & Fox consideram que a gamificação adapta a progressão de dificuldade o que facilita a instrução baseada nas necessidades individuais de cada aluno. [19] Essa vantagem foi expressada no comentário "Muito bom e interessante! Permite uma maior perceção do que se sabe ou não e ainda nos dá chance para esclarecer. Gostei!"

Camilleri *et al* considera que a gamificaçãp aumenta a motivatição através da competição.[20] Os comentários dos estudantes foram no mesmo sentido, por exemplo em: "Eu achei este exercício bastante útil como meio de aprendizagem e gostei particularmente

[17] Ohno, A., Yamasaki, T., & Tokiwa, K. (2013). A discussion on introducing half-anonymity and gamification to improve students' motivation and engagement in classroom lectures. *2013 IEEE Region 10 Humanitarian Technology Conference*, (pp. pp. 215-220).

[18] Kapp, K. (2012). *The gamification of learning and instruction: Game-based methods and strategies for training and education.* San Francisco: Pfeiffer.

[19] Hanus, M. D., & Fox, J. (2015). Assessing the effects of gamification in the classroom: A longitudinal study on intrinsic motivation, social comparison, satisfaction, effort, and academic performance. *Computers & Education, 80*, pp. 152-161

[20] Camilleri, V., Busuttil, L., & Montebello, M. (2011). Social interactive learning in multiplayer games. In *Serious games and edutainment applications* (pp. 481-501). London: Springer.

do aspecto competitivo e de como cativa os alunos. Junta o útil ao agradável, devo dizer que gostei bastante da ideia e não me importava que se repetisse."

Este tipo de aula dá aos alunos a liberdade de falhar sem medo permitindo a aprendizagem, conforme foi descrito por Hamme & Lee[21], e como foi demonstrado nos comentários "Penso que estas aulas são mais produtivas, pois permitem uma maior interação com os alunos e também contribui para o esclarecimento de dúvidas de forma mais espontânea."

Empregando uma análise de frequência de palavras revelou que os termos mais usados nos comentários dos alunos foram "motivação" e "diversão". Além disso, a maioria dos estudantes manifestou espontaneamente que seria desejável repetir esse tipo de aula mais vezes, alguns relacionaram como uma evolução do ensino.

Os alunos citaram a competição foi um estímulo para a aprendizagem e perceberam que o Kahoot! pode ser usado como um substituto para a sala de aula tradicional, uma vez que permite alcançar diferentes níveis de complexidade que desafiam os alunos e tornam o aprendizado mais eficiente e durável.

8. Conclusões

A educação continua, sim, a ser o meio a privilegiar para manter os valores democráticos atingidos pelos Estados de direito. Aqui, os meios digitais e as tecnologias podem auxiliar os educadores na utilização de novos métodos de ensino e aprendizagem.

No caso relatado, os alunos ficaram muito motivados graças ao ambiente participativo, ativo e colaborativo resultante da abordagem desenvolvida. Estas circunstâncias, onde a boa atmosfera na sala de aula se destaca, favoreceram a aprendizagem.

Concluímos que a utilização do Kahoot!, no entanto, apresenta algumas limitações, nomeadamente de ordem técnica. Por exemplo, o aplicativo apenas permite o uso reduzido de caracteres na criação das questões, impossibilitando a elaboração de questões mais complexas habituais a um curso jurídico e, é claro, pressupõe o bom acesso digital de todos os presentes no ambiente de aula.

[21] Hamme, J., & Lee, J. (2011). Gamification in Education: What, How, Why Bother? *Academic Exchange Quarterly, 15*(2)

Pesquisas anteriores também descobriram que a falta de experiência na aplicação de novas metodologias ou a falta de recursos são barreiras comuns para os professores quando aplicam inovações tecnológicas na sala de aula.

Argumentamos que essa abordagem, juntamente com elementos de gamificação, é útil para aumentar a motivação dos alunos, além de melhorar a experiência de aprendizagem e o desempenho.

Foi surpreendente para o corpo docente observar que a unanimidade dos estudantes considerou uma ótima metodologia, e uma parte substancial pediu para ter mais aulas com emprego dessa metodologia.

Entretanto, podemos considerar este estudo como um trabalho em progresso pois é necessário repetir a experimentação de modo continuado para obter conclusões mais precisas.

8. Bibliografia

CAMILLERI, V., BUSUTTIL, L., & MONTEBELLO, M. (2011). Social interactive learning in multiplayer games. In *Serious games and edutainment applications* (pp. 481-501). London: Springer.

HAMME, J., & LEE, J. (2011). Gamification in Education: What, How, Why Bother? *Academic Exchange Quarterly, 15*(2).

HANUS, M. D., & FOX, J. (2015). Assessing the effects of gamification in the classroom: A longitudinal study on intrinsic motivation, social comparison, satisfaction, effort, and academic performance. *Computers & Education, 80*, pp. 152-161.

KAPP, K. (2012). *The gamification of learning and instruction: Game-based methods and strategies for training and education.* San Francisco: Pfeiffer.

LA ROSA, C., & PUMP, J. (2002). Using Kahoot! in the Classroom to Create Engagement and Active Learning: A Game-Based Technology Solution for eLearning Novices. *Management Teaching Review*, pp. 151-158.

MARTÍ-PARREÑO, A., & SÁNCHEZ-MENA, J. (2017, October). Drivers and Barriers to Adopting Gamification: Teachers' Perspectives. *EJEL The Electronic Journal of e-Learning*, pp. 434-443.

OCDE. *Education at a Glance 2018. OECD Indicators.* DOI:https://doi.org/10.1787/eag-2018-en .Em https://read.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance-2018_eag-2018-en#page1, consulta em 30/09/2018.

OHNO, A., YAMASAKI, T., & TOKIWA, K. (2013). A discussion on introducing half-anonymity and gamification to improve students' motivation and engagement in classroom lectures. *2013 IEEE Region 10 Humanitarian Technology Conference*, (pp. pp. 215-220).

PRENSKY, M. (2001). Digital Natives, Digital Immigrants Part 1. *On the Horizon, 9*(5), pp. 1-6.

RIBEIRO, L., SILVA, T., & MUSSI, A. (2018). Gamification: a methodology to motivate engagement and participation in a higher education environment. *International Journal of Education and Research*, pp. 249-264

SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. (2016). *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. 3.ª edição, Lisboa, Rei dos Livros.

Documentação

Resolução 2018/C 337/04 do Parlamento Europeu de 12 de setembro de 2017 sobre a formação universitária contínua e à distância como parte da Estratégia europeia em prol da aprendizagem ao longo da vida, JOUE C 337 de 20.09.2018, pp. 20 a 29.

Resolução 2018/C 337/18 do Parlamento Europeu de 14 de setembro de 2017 sobre transparência, responsabilidade e integridade nas instituições da UE, JOUE C 337 de 20.09.2018, pp. 120 a 130.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Melhorar e modernizar o ensino*. Documento COM(2016) 941 de 07.12.2016.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Apoiar o crescimento e o emprego – Uma agenda para a modernização dos sistemas de ensino superior da Europa.* Documento COM(2011) 567 final de 20.09.2011.

Una aproximación a la protección civil como servicio público: A propósito de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección CiviL[1]

Ana B. Lucas Tobajas[2]

Resumen: La presente Comunicación tiene por objeto realizar un análisis de la protección civil como servicio público a partir del estudio de sus Leyes reguladoras 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil y 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil pues ambas han supuesto un importante avance para dicha materia al incluir su declaración de servicio público. Dicho reconocimiento ha planteado no pocos interrogantes debido a la inadaptación del término a las características que, hasta ahora, definían el concepto clásico de servicio público.

Palabras clave: Protección civil; servicio público; orden público; seguridad pública.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los fundamentos constitucionales de la protección civil. 3. La protección civil como servicio público. A. Antecedentes. B. La declaración de servicio público en las leyes de 1985 y 2015. C. Análisis de sus características fundamentales ¿por qué no se ajusta al modelo tradicional? a. Cuestiones previas. Servicio público-función pública. b. Características especiales del servicio público de protección civil. c. La necesidad pública en el ámbito de la protección civil. d. El interés general como objeto del servicio público. e. La titularidad del servicio: poder público-colaboración ciudadana. 4. Bibliografía.

1. Introducción.

Como ya han advertido algunos autores, no existe un concepto unitario de servicio público, pues su concepción jurídica se halla fuertemente condicionada por la realidad económica, social o política por las que atraviese un país en un determinado momento. Estos factores, puestos de manifiesto en la innovación tecnológica, en los procesos de privatización o en la ineficiencia del sector público, provocaron el nacimiento de una nueva forma de regulación económica en la que la intervención del Estado se trasforma, hasta el punto de

[1] La presente comunicación es resultado de la estancia investigadora realizada durante los meses de julio y agosto de 2018 en el Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa (Portugal).
[2]Profesora de Derecho Administrativo. Universidad de Extremadura.

que el concepto de "reserva" deja de considerarse esencial, llegando a la despublicatio de actividades que, tradicionalmente, habían formado parte del servicio público clásico[3].

Actualmente, nos encontramos inmersos en un proceso de revisión del servicio público, cuyos principales interrogantes se refieren a la fijación de sus límites o a la titularidad del propio servicio, cuestiones que resultarán determinantes para fijar su naturaleza.

En este sentido, la aprobación de la Ley 17/2015 plantea un modelo peculiar de servicio público por varios motivos: El primero, porque la protección civil acoge situaciones absolutamente dispares, muchas de ellas han sido consideradas catástrofes naturales con un marcado origen divino sobre las que el derecho tenía poco o nada que decir. Por este motivo, podemos afirmar que se trata de un concepto que ha experimentado una importante evolución, no sólo en lo que se refiere a su regulación jurídica, sino también en cuanto a su significado y alcance; El segundo motivo, derivado del anterior, porque se trata de una materia escasamente regulada que, de forma tradicional, se ha hallado unida a otras como el orden público y la seguridad, en gran medida debido al entorno político en el que surgía. Sin embargo, la superación de las etapas de posguerra junto a los cambios que ha experimentado la sociedad, han provocado que la protección civil amplíe enormemente su campo de actuación, ofreciendo una respuesta eficaz no sólo frente a catástrofes naturales, sino también tecnológicas o de origen humano.

Curiosamente, el nacimiento del riesgo en cuanto componente esencial de la protección civil, tiene lugar en un contexto económico y social, el de la Revolución Industrial, en el que también se desarrolla el servicio público, como consecuencia del éxodo masivo que se produce del campo a la ciudad y la necesidad de atender las demandas que se producían respecto de los servicios básicos. Así, junto a la aparición de las máquinas surgen también nuevos riesgos para las personas y bienes, como explosiones en fábricas, catástrofes mineras o ferroviarias, entre otras.

Además de su escasa conexión con el ámbito jurídico, su consideración de servicio público ha generado inquietud al tratarse de una materia que presenta ciertas peculiaridades respecto del modelo tradicional. Por este motivo, al analizar la primera declaración de la protección civil como servicio público en la Ley 2/1985, de 21 de enero y su evolución en la Ley 17/2015, de 9 de julio, hemos comprobado que se trata de un servicio singular, cuya consideración de servicio público ha sido esquivada por aquellos que se han acercado a su estudio, intentando asimilarla a otras figuras próximas que también han resultado

[3] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Ed. Comares, Granada, 2001, págs. 498-499.

insuficientes para acoger sus características típicas. Aun así, las Leyes citadas con anterioridad se han mostrado tajantes en declararlo servicio público, a pesar de su ineficacia para resolver los numerosos interrogantes que ello plantea.

2. Los fundamentos constitucionales de la protección civil.

La Constitución Española ha establecido los fundamentos que han servido de base para la regulación de la protección civil. Aunque en la redacción del texto constitucional no se recoge ninguna referencia expresa a esta materia, resulta evidente que se encuentra directamente relacionada con el desarrollo de los Derechos Fundamentales.

En base a lo anterior, debemos considerar la existencia de unos fundamentos genéricos en la Constitución Española como los que se encuentran en el artículo 15, en el que se reconoce el derecho a la vida y a la integridad física[4], y en los artículos 2 y 103 que establecen los principios de unidad nacional y solidaridad territorial y los de eficacia y coordinación administrativa, respectivamente. Por su parte, los fundamentos específicos se contienen en los artículos 30.3 y 30.4 y 149.1.29. Los primeros, 30.3 y 30.4 prevén: por un lado, la creación de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general; y por otro, la posibilidad de imponer, mediante Ley, deberes a los ciudadanos en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Nos hallamos ante deberes constitucionales que son jurídicamente exigibles en cuanto su cumplimiento quede concretado en una Ley. Algunas normativas autonómicas han dado un paso más y han regulado algunos derechos que podrían asistir a los ciudadanos en estas circunstancias como son: el derecho a la información sobre los graves riesgos que pudieran afectarles y las medidas a adoptar, recogidos por la Ley 2/2002 de Gestión de Emergencias en Andalucía[5]; el derecho a participar en la elaboración de los planes de protección civil o el derecho a colaborar en tareas de protección civil como prevé la Ley 4/1997 de Protección Civil de Cataluña[6].

Ahora bien, respecto de los obligados, la Constitución emplea el término genérico de ciudadanos para referirse a los sujetos a los que se les puede imponer la obligación de colaborar personal y materialmente en el servicio de protección civil. La Ley 2/1985 delimitó esta imposición circunscribiéndolo a los ciudadanos que fueran mayores de edad, sin realizar distinción alguna por razón de la nacionalidad, aunque sí se preveían supuestos de especial

[4] Barcelona Llop considera que, aunque podamos establecer una conexión directa entre estos derechos y la protección civil, con ello se realiza una interpretación extensiva de la acción pública cuando, en realidad, donde debe quedar incluido es en el concepto de seguridad pública. BARCELONA LLOP, Javier, *La protección civil municipal,* Iustel, Madrid, 2007, págs. 94 y 95.

[5] Art. 4.2 de la Ley 2/2002 de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía.

[6] Arts. 5 y 6 de la Ley 4/1997, de 20 de mayo, de Protección Civil de Cataluña.

sujeción respecto de las personas que se encontraban en situación de desempleo y recibieran la correspondiente prestación económica. Se contemplaba otro supuesto, ya suprimido, referido a los sometidos al régimen de prestación social sustitutoria del servicio militar. En caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, todos los residentes en territorio nacional quedarán obligados a la realización de prestaciones personales que les exija la autoridad competente, sin derecho a indemnización alguna y al cumplimiento de las órdenes que se dicten[7].

3. La protección civil como servicio público.

A. Antecedentes.

Ya hemos advertido que la consideración de la protección civil como servicio público exige alguna reflexión jurídica. Como comprobaremos a lo largo de los siguientes epígrafes, la naturaleza del servicio, los problemas que suscita su titularidad o las características de su prestación han provocado que se trate de un servicio complejo con enormes dificultades para adaptarse a los postulados del modelo tradicional.

Resulta importante, para comprender los problemas que actualmente se plantean, determinar a partir de qué momento la protección civil comienza a gestarse como un servicio esencial para el desarrollo social. Diversos autores coinciden en que tanto la aprobación de la Orden de 5 de mayo de 1962, como del Decreto 398/1968, marcaron un punto de inflexión al establecer las bases doctrinales para su consideración posterior de servicio público. La citada Orden ofrece como principal novedad la delimitación de su naturaleza jurídica, al afirmar que se trata de una actividad compleja que exige la coordinación de diversos elementos, así como una estructura organizativa concreta. Por su parte, ya hemos indicado, que el Decreto 398/1968, de 29 de febrero, ofrece una definición amplia de protección civil en la que se engloban las distintas amenazas a las que se puede enfrentar la población en la actualidad. Como consecuencia de lo anterior, podemos afirmar que la aportación de estas normas se debe, fundamentalmente, a que sus "misiones" exigen una actuación continua, alejándola del carácter excepcional que, hasta ese momento, identificaba toda actuación de protección civil.

[7] Arts. 4.1, 4.2 y 4.4 de la Ley 2/1985.

B. La declaración de servicio público en las leyes de 1985 y 2015.

La Ley de 1985 se marcó como objetivo dar respuesta a todas las situaciones, amplias y heterogéneas, que podía acoger el término protección civil, definiéndolo como "la protección física de las personas y de los bienes, en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente…."[8]. En base a ello se realiza la primera declaración formal de servicio público. Así, en su artículo 1.2 afirmaba que "la protección civil es un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria". Efectivamente, reconocía su condición de servicio básico que debía ser prestado a la sociedad, aunque omitía cualquier alusión, al menos expresa, al titular del mismo en cuanto responsable de su ejecución y efectiva prestación. La razón de dicha omisión venía provocada en parte porque el legislador nunca tuvo la intención de asimilarlo a un servicio público, o al menos, no al modelo tradicional[9]. Esto también se demuestra al otorgar a los ciudadanos un papel relevante en la prestación del servicio, reconociendo así una naturaleza civil y no exclusivamente pública al mismo.

También se ponía de manifiesto la consideración de la protección civil como una cuestión organizativa, cuyo objeto consistía en coordinar a un conjunto de Administraciones Públicas y ciudadanos quedando descartada no sólo la creación de infraestructuras, sino también la atribución de nuevas funciones más allá de las reconocidas en las distintas leyes sectoriales. Sin embargo, estas tareas sí incluían una actuación preventiva, tan importante como la propia intervención cuando el riesgo se traducía en una amenaza real y resultase necesaria la rehabilitación o restitución de la situación al estado originario. Asimismo, se atribuyen a la protección civil funciones en caso de guerra, dirigidas a la autoprotección, el servicio de alarma, los refugios, la evacuación, dispersión y albergue, el socorro, rescate y salvamento, la asistencia sanitaria y social y la rehabilitación de servicios públicos esenciales[10]. En todas ellas, la actuación de las organizaciones de naturaleza privada resultará fundamental

[8] Exposición de Motivos de la Ley 2/1985, de 21 de enero.
[9] Aunque esta consideración sí estuvo presente a los efectos de la cláusula de responsabilidad patrimonial de la Administración. BARCELONA LLOP, Javier, *La protección civil municipal*, op. cit., págs. 124 y ss.
[10] Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.

para una gestión adecuada del riesgo, aunque la regulación jurídica de este servicio no ha sabido reconocer la importancia de su intervención.

Por lo que se refiere a la aprobación de la Ley 17/2015, el concepto de servicio público experimenta una importante evolución. Su artículo 1 considera a la protección civil, "…como instrumento de la política de seguridad pública, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada". De esta forma, si la anterior regulación ponía el acento en el objeto de la actividad, de forma particular, en la coordinación de Administraciones, la legislación actual posee un marcado carácter subjetivo, al considerar que el elemento definidor de este servicio público no sólo ha de referirse a las actividades en sí, sino también a la protección de las personas y bienes en circunstancias tasadas y especialmente delimitadas[11].

Se destaca, no de forma gratuita, su condición de instrumento al servicio de la política de seguridad pública, reforzando su carácter y naturaleza pública. Como ya hemos apuntado, la protección civil ha experimentado una importante transformación respecto de los sistemas previstos con anterioridad. Así, Fernando Pablo ha afirmado que la protección civil deriva del título de orden público y coincide con otros como la seguridad pública aunque sin llegar a serlo, pues deben excluirse expresamente conductas criminales o antisociales[12]. Sin embargo, la Ley de 2015 se aparta por completo cuando reconoce que su objetivo fundamental es la protección de las personas y bienes, expuestos a emergencias y catástrofes de origen natural o derivadas de la acción humana, bien de carácter accidental o intencionada de la que podrían derivarse conductas delictivas. Entendemos, pues, que se produce un giro fundamental en sus objetivos como consecuencia de la propia evolución social ampliando su ámbito de actuación a situaciones que, hasta ahora, se reservaban de forma exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Otro de los aspectos que refuerzan el carácter público hace referencia a la omisión a la colaboración ciudadana tan importante en la legislación anterior, en la que la cooperación con los agentes privados constituía uno de los aspectos esenciales a la hora de definir el servicio. Esta cuestión llevó a algunos autores a afirmar que en la protección civil no existía una reserva absoluta de la actividad al poder público, debido a que la presencia de los

[11] Arts. 1 y 2 de la Ley 17/2015, de 9 de julio.
[12] FERNANDO PABLO, Marcos M., "El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las Comunidades Autónomas.", Revista Vasca de Administración Pública, núm.20, 1998, págs. 1756 y ss.

particulares era considerada esencial para la satisfacción de dicha prestación[13]. Pues bien, la Ley de 2015 decide eliminar esta referencia en la definición del servicio, considerando que, aunque se trata de una actividad importante en la prestación del mismo, no debe constituir un rasgo definidor. Resulta evidente que la intención del legislador ha sido reforzar la publicatio de la protección civil, aunque tal declaración ha resultado insuficiente, pues omite aspectos esenciales relacionados con ello, como es el referido a la titularidad del servicio, cuestión sobre la que incidiremos más adelante.

Por lo que se refiere al objeto de este servicio público, la Ley de 1985 lo consideró una superestructura, entendida como una organización formada por una pluralidad de servicios en muchos casos, públicos, cuyo principal reto consistía en coordinarlos en caso de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, cuando se pusiera en peligro la seguridad y la vida de las personas. Por tanto, podemos intuir que el servicio público tenía por objeto la coordinación de un conjunto de servicios administrativos y civiles con la finalidad de proteger la vida y la integridad de las personas, excluyendo de forma expresa dos cuestiones: la primera, los bienes, a los que, en ningún caso, se extendía la protección jurídica; la segunda, la procedencia delictiva de los ataques pues, ante esta situación, la protección civil debía dejar paso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Aún así, debemos señalar que resulta extraordinariamente complejo concretar cuándo una determinada circunstancia, con independencia de su origen, pueda derivar en una situación de catástrofe o de calamidad amparada por la protección civil[14].

En relación con lo anterior, podemos afirmar que la Ley de 2015 ha realizado aportaciones fundamentales a esta cuestión ampliando, considerablemente, los riesgos a los que debe hacer frente la protección civil con todos sus efectivos. Incluye, como objetivo prioritario, la salvaguarda tanto de personas como de bienes, no sólo frente a los riesgos previstos en la anterior normativa como caso fortuito o fuerza mayor sino también ante comportamientos premeditados del hombre dirigidos a provocar un resultado lesivo a la sociedad.

Finalmente, debemos apuntar que la regulación del servicio público de protección civil no se agota en el análisis de sus leyes reguladoras. Para completar su estudio debemos acudir a la regulación que del mismo se realiza en el ámbito local. En la actualidad, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, no sólo considera a la protección civil como una competencia propia, sino que va más allá al configurarla como un

[13] OCHOA MONZÓ, Josep, *Riesgos mayores y protección civil*, Ed. McGraw-Hill, Aravaca, 1996, págs. 149-151.
[14] OCHOA MONZÓ, Josep, *Riesgos mayores y protección civil*, op. cit., pág.162.

servicio de obligada prestación en los municipios de más de 20.000 habitantes, es decir, servicio mínimo obligatorio[15], sin especificar cuál será su consideración jurídica en aquellos municipios en los que no se alcance esa población, ni tampoco su contenido prestacional frente a otros servicios municipales perfectamente descritos en la citada norma.

C. Análisis de sus características fundamentales ¿por qué no se ajusta al modelo tradicional?

a) Cuestiones previas. Servicio público-función pública.

Como hemos podido comprobar, tanto la Ley de 1985 como la de 2015 han proclamado la condición de servicio público de la protección civil. Sin embargo, al analizar esta afirmación surgen dudas acerca de su verdadera condición de servicio público y nos obliga a reflexionar sobre su naturaleza jurídica. Nos enfrentamos a una categoría compleja, pues posee algunas características que resultan de difícil encaje respecto de las figuras tradicionales. Ahora bien ¿cómo debe denominarse una actividad que ha de ser prestada por los poderes públicos debido a su evidente conexión con la seguridad pública, y cuya función principal consiste en la coordinación de una pluralidad de servicios públicos de distinta naturaleza? Intentaremos, a largo de nuestra exposición, ofrecer una respuesta a este interrogante.

Antes de abordar el análisis de las características propias de este tipo de servicio debemos advertir que se trata de una figura peculiar que, en ningún caso, resulta asimilable a otras actividades con idéntica naturaleza. Esta cuestión la sitúa en una zona gris, próxima a otras figuras afines como la función pública. Efectivamente, a priori, podría ser considerada una función pública ejercida de forma permanente, no se trataría de un planteamiento extravagante pues su conexión con la seguridad pública ha quedado demostrada. En definitiva, consistiría en una actividad administrativa representativa de un poder público superior atribuido al Estado, de una potestad pública, como manifestación de la soberanía. Ello encaja a la perfección con las funciones de coordinación de un conjunto de servicios incardinados en el ámbito del orden público, que han de ser entendidas en un sentido amplio abarcando desde la fijación de los posibles riesgos, su prevención y planificación, hasta la actuación y reparación de los daños producidos. Ahora bien, el efectivo cumplimiento de dicha función pública va más allá hasta convertirse en una actividad prestacional que debe

[15] Arts. 25.2. f y 26.1.c de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

desarrollarse de forma regular y continua y susceptible de responsabilidad patrimonial, "como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" características propias del servicio público que nos alejan del planteamiento realizado. Este argumento no hace más que secundar la distinción realizada por la doctrina entre función pública-servicio público. Así, mientras la función pública representa una potestad pública, el servicio público representa, por su parte, las actividades materiales, técnicas, dirigidas de forma concreta a la satisfacción del interés general[16].

b) Características especiales del servicio público de protección civil.

No es nuestra intención realizar en este punto un análisis completo sobre la naturaleza y características del servicio público como categoría jurídica, pues una amplísima doctrina ha analizado, de forma magistral, esta cuestión desde Posada, Jordana de Pozas, Garrido Falla o García de Enterría, por citar algunos. Se trata, ahora, de plantear si el servicio público de protección civil satisface los postulados básicos de la categoría jurídica que le es atribuida en las distintas normas. No resulta una tarea fácil pues la delimitación del servicio público depende, en gran medida, de las contingencias económicas, sociales o políticas por las que se atraviese en cada momento. En la actualidad, el concepto de servicio público se identifica, quizás en exceso, con una actividad de carácter económico, sin embargo, aún nos encontramos con servicios al frente de los cuales ha de hallarse, en todo caso, una Administración Pública. En este sentido, varios autores han manifestado sus dudas acerca de la calificación de la protección civil como "servicio público singular" o *"*la coordinación de un conjunto de servicios*"*, cuya similitud con el concepto tradicional de servicio público llega a ser casual[17].

Para comprobar si esto es así, deben analizarse los elementos que concurren en el servicio de protección civil y compararlos con los que identifican al servicio público tradicional. Si acudimos a su definición clásica se trata de un "servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial"[18]. Por su parte, Ariño destacó las siguientes notas definitorias: la primera, se trata de una actividad cuya titularidad es asumida por el Estado; la segunda, es una

[16] GARRIDO FALLA, Fernando, El concepto de servicio público en derecho español, Revista de Administración Pública, núm. 135, págs.10 y ss.
[17] OCHOA MONZÓ, Josep, *Riesgos mayores y protección civil*, op. cit., pág. 155 y BARCELONA LLOP, Javier, *La protección civil municipal*, op. cit., pág. 129.
[18] GARRIDO FALLA, Fernando, "El concepto de servicio público en derecho español", op. cit., pág. 21.

actividad dirigida al público; la tercera, posee un carácter indispensable para el desarrollo de la vida social; y la cuarta, su gestión no supone necesariamente el ejercicio de poderes soberanos[19].

Por todo lo anterior, podemos considerar que entre los elementos definidores del servicio público de protección civil se encuentran: la necesidad de la prestación de la actividad, el interés general, la titularidad, la presencia de particulares, la regularidad y la continuidad del servicio. A continuación, las analizaremos desde la perspectiva del servicio público de protección civil.

c) La necesidad pública en el ámbito de la protección civil.

Respecto del concepto de necesidad unido al de esencialidad, ya hemos señalado que, por encima de consideraciones políticas, todas las actividades que comprende la protección civil, la anticipación, prevención, planificación, respuesta inmediata de emergencias y recuperación, comparten dos aspectos fundamentales como son la necesidad de intervención y los posibles perjuicios que pueden producirse a la colectividad. En relación con esta cuestión debemos advertir, siguiendo al Profesor Álvarez García, que los conceptos de servicio público y servicio esencial no siempre resultan coincidentes. No todo servicio público ha de ser esencial ni todo servicio esencial ha de constituirse en la forma de servicio público. Sin embargo, en este caso, la consideración de servicio esencial no es más que el instrumento para alcanzar el fin último como es la protección de los derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos[20]. La conexión de la protección civil con el mantenimiento de los derechos fundamentales parece incontestable, por tanto, su esencialidad quedaría garantizada. Si añadimos que la actividad de protección civil justifica su existencia en la protección de la colectividad su nexo con el servicio público también resultaría evidente.

d) El interés general como objeto del servicio público.

Por lo que se refiere al interés general han de estar presentes dos factores fundamentales: el primero, debe tratarse de una actividad dirigida a proteger a los ciudadanos en general. Aunque la Ley de 2015 no prevé un elenco de circunstancias que habilitarían la actuación de los órganos de protección civil, sí debemos apuntar que los posibles riesgos tanto físicos, biológicos o tecnológicos, no suponen una amenaza individual, personal, sino,

[19] ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, op .cit. págs. 498-499.
[20] ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 193 y ss.

más bien, un peligro dirigido frente a todos en cuanto parte integrante de una sociedad; el segundo, ha de referirse a una actividad administrativa que podemos calificar, cuando menos, de peculiar puesto que, aunque se trata de una actividad de prestación, no podemos identificarla con la creación de una infraestructura concreta dirigida a satisfacer una necesidad sin más, sino que presenta particularidades.

Si atendemos a la redacción que la Ley de 2015 otorga al objeto del servicio público de protección civil "los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada", podemos deducir la existencia de una habilitación previa que legitima la intervención de los poderes públicos, lo que le privaría de la condición de servicio "regular y continuo" que sí recogía de forma expresa la Ley de 1985 al calificar la protección civil como "acción permanente". Efectivamente, resulta erróneo considerar que tan sólo la producción del presupuesto de hecho, es decir, la situación de emergencia o catástrofe, independientemente de su procedencia, habilitará la existencia, en un momento determinado, de este servicio público. Ello se debe, fundamentalmente, a la redacción que se contiene en la Ley de 17/2015, concretamente en su artículo 1, cuando al describir el objeto del servicio público pone el acento en la protección de las personas y los bienes frente a las situaciones anteriormente descritas, obviando su condición de actividad administrativa permanente. En este sentido, una respuesta adecuada exige no sólo una anticipación, en cuanto fijación correcta de los riesgos en un ámbito territorial concreto, sino también una política de prevención y planificación que permita adoptar medidas encaminadas a evitar o mitigar posibles impactos adversos e identificar los riesgos para su gestión integral, una respuesta inmediata ante las emergencias que se produzcan con la finalidad de evitar daños, rescatar y proteger a las personas y los bienes y, finalmente, la recuperación integrada por un conjunto de acciones dirigidas al restablecimiento de la normalidad en la zona siniestrada[21]. Así, resulta obvio, que la acción de protección civil, en ningún caso, se circunscribe a la actuación en caso de emergencia, todo lo contrario, engloba un conjunto de actividades anteriores y posteriores a la misma que le otorgan la condición de servicio permanente y regular. En cualquier caso, si decidimos delimitar su ámbito de actuación a lo descrito en la norma también quedaría garantizada su intervención siempre que se produjera la situación de emergencia o catástrofe prevista en la misma[22].

[21] Arts. 16 y ss. de la Ley 17/2015.
[22] OCHOA MONZÓ, Josep, Riesgos mayores y protección civil. op. cit., págs. 159 y ss.

Para la ejecución efectiva de dicho servicio, la Ley 17/2015 pone a disposición de los poderes públicos los instrumentos de coordinación, cohesión y eficacia, en base a que la actividad de protección civil está formada por un conjunto de servicios públicos como los sanitarios, asistenciales, extinción de incendios, seguridad pública, Fuerzas Armadas, entre otros, dada la indefinición de los posibles riesgos a los que nos enfrentamos. No se crea, por tanto, una infraestructura propia capaz de gestionar de forma unilateral el riesgo, la amenaza o la catástrofe producida. Si no que la actividad esencial, la denominada como servicio público, consiste en coordinar, en el sentido más amplio del término, un conjunto de servicios públicos que, extraordinariamente, han de actuar de forma combinada frente a una situación concreta. Esta es, precisamente, una de las cuestiones que aleja esta modalidad de servicio público del concepto tradicional pues, en ningún caso, debe ser considerada una superestructura que englobe un conjunto más o menos amplio de servicios dado que, cada uno de ellos posee su propia naturaleza y cuenta con sus propias formas de gestión.

e) La titularidad del servicio: poder público-colaboración ciudadana.

Ya hemos apuntado que algunas características propias del servicio de protección civil se ajustan con dificultad a los moldes del tradicional servicio público, la cuestión de la titularidad quizás sea su mejor exponente. Tanto la Ley de 1985 como la de 2015 han coincidido en omitir cualquier declaración expresa a su titularidad. Esto no resulta habitual al analizar otras leyes reguladoras de sectores esenciales como las comunicaciones electrónicas, la energía o los transportes, en las que se define el servicio con una referencia expresa a la titularidad del mismo. Así, en la noción estricta de servicio público, la publicatio se considera uno de sus elementos característicos al tratarse de una actividad que ha de quedar garantizada por el Estado.

En relación a los servicios con un indudable carácter económico, su titularidad se encuentra perfectamente descrita en las distintas leyes sectoriales, frente a los denominados servicios asistenciales y sociales, caracterizados por garantizar la conservación de la vida y la salud[23.] y más aún si aludimos a la seguridad de las personas y bienes sobre los que se encuentra establecida una reserva a favor del sector público.

Por lo que se refiere a la titularidad de este servicio debemos indicar que ha venido condicionada por dos factores fundamentales: el primero, su proximidad con la seguridad pública, manifestada en la propia Ley de 2015, que exige no sólo una titularidad, sino también una gestión pública del servicio que convierte a los poderes públicos en responsables últimos

[23] GARRIDO FALLA, Fernando, El concepto de servicio público en derecho español, op. cit., págs. 22-23.

del mismo. En este sentido, el artículo 1.2 de la citada Ley menciona a la Administración General del Estado al concretar su objeto, pero omite cualquier declaración expresa cuando describe los fines del servicio público; el segundo factor, apunta a la propia naturaleza del servicio referida, como ya hemos señalado, a una actividad de coordinación, de organización de una pluralidad heterogénea de recursos humanos y materiales que carece de una estructura y personal propios. Conforme a su naturaleza jurídica, el legislador debería haber sido especialmente cuidadoso y atribuir de forma expresa su titularidad a una Administración concreta, en lugar de deducir tanto de su articulado como de su estructura organizativa la existencia de una titularidad pública implícita a favor de la Administración del Estado que será, al final, la encargada de la ejecución de este servicio.

En cualquier caso, respecto de lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley de 1985, en ningún caso existió una reserva exclusiva a favor del poder público debido a que las funciones propias de la protección civil no se agotaban con el reconocimiento de una titularidad pública, sino que también exigía la intervención de los particulares. Ahora bien, cabía preguntarse en qué casos la efectiva prestación de un servicio público dependía del comportamiento del ciudadano. Efectivamente, resultaba imposible hallar una respuesta entre los postulados clásicos del servicio público. Por su parte, la Ley 17/2015, corrige los excesos cometidos en la legislación anterior y, sin despreciar la colaboración ciudadana en la actividad de protección, atribuye a los poderes públicos la responsabilidad en el cumplimiento efectivo de este servicio, por razones evidentes relacionadas con su propia naturaleza.

4. Conclusiones.

Una vez analizadas las principales características del servicio público y su concurrencia en el ámbito de la protección civil, podemos concluir que nos hallamos ante un servicio de características particulares, aunque ello no puede suponer su exclusión de esta categoría jurídica. A nuestro juicio, existen dos factores fundamentales que van a determinar la consideración de la protección civil como servicio público: el primero, se refiere a que se trata de un servicio excepcional, pues excepcionales serán también las circunstancias que confluyan para su efectiva prestación dada su conexión con el ámbito de la seguridad pública, por este motivo, la dirección y gestión pública no ha de plantear ninguna duda; el segundo, referido a la evolución que ha experimentado en su propia naturaleza, que convierten a la protección civil en una acción compleja como consecuencia de la propia evolución experimentada, pues ya no se trata de una actuación puntual de los poderes públicos dirigida

frente a una amenaza particular, sino que se ha transformado en una pluralidad de acciones previas y posteriores a la propia amenaza que la convierten en un servicio que ha de prestarse de forma continua al ciudadano e incluso, en la actualidad, cuenta con una vis expansiva que la convierten en pieza fundamental de un gran número de sectores que resultan esenciales en la adecuada prestación de servicios.

5. Bibliografía.

Álvarez García, V. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.
Ariño Ortiz, G. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica,* Ed. Comares, Granada, 2001.
Barcelona LLop, J. *La protección civil municipal,* Iustel, Madrid, 2007.
Fernando Pablo, M. M. "El sistema de protección civil: el marco jurídico y el papel de las Comunidades Autónomas". Revista Vasca de Administración Pública, núm. 20, 1998.
Garrido Falla, F. El concepto de servicio público en derecho español, *Revista de Administración Pública,* núm. 135, 1994.
López Garrido, D. *El aparato policial en España,* Ed. Ariel, Barcelona, 1987.
Ochoa Monzó, J. *Riesgos mayores y protección civil*, Ed. McGraw-Hill, Aravaca, 1996.
Santos Martín, M. M. y Sánchez-Beato EspIau, M. A. "La Asociación Anti-Agresión Aérea de Toledo 1934-1936", en Archivo Secreto núm. 5. 2011.

Fusión societaria como fórmula de integración transnacional de cooperativas.

Carmen José López Rodríguez[1]

Sumario: 1. Introducción. 2. La sociedad cooperativa en el reglamento (CE) nº 1435/2003. 3. Constitución de la SCE por fusión de cooperativas preexistentes. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN:

La Comunicación de la Comisión al Consejo relativa a las empresas de la economía social y la realización del mercado interno sin fronteras, de fecha 18 de diciembre de 1989, pone de manifiesto, por primera vez, la procedencia de armonizar determinadas disposiciones nacionales y la realización de un mercado común sin fronteras en el ámbito de las empresas de la economía social, resultando determinante para que tan sólo dos años después, en marzo de 1992, la Comisión presentara los proyectos de reglamento relativos respectivamente a los estatutos de la Asociación Europea (AE), de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) y de las Mutualidades Europeas (ME).

No obstante, en el caso de la Sociedad Cooperativa, no sería hasta once años después cuando, siguiendo el precedente de otros instrumentos societarios de ámbito comunitario como el de la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) o la Sociedad Anónima Europea, regulada en el Reglamento (CE) nº 2157/2001, se aprobase el **Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea.**

Tal y como se reconoce en los propios considerandos del mencionado Reglamento, la Sociedad Cooperativa Europea surge con el propósito de eliminar las dificultades de orden jurídico y administrativo identificadas en la cooperación transfronteriza entre cooperativas y

[1] Investigadora del Centro de Estudios Cooperativos de la Universidad de Santiago – CECOOP/USC

facilitar la actuación de este tipo de entidades fuera de sus respectivos territorios nacionales, en todo o parte del territorio de la Unión Europea.

A tal fin, se reconoce como una de las modalidades de constitución la de fusión de cooperativas reguladas por distintas legislaciones nacionales, abriendo así la puerta a la reestructuración e integración de cooperativas preexistentes mediante fusiones transfronterizas, para lo cual se establece la posibilidad de su constitución con arreglo al procedimiento de fusión por absorción o, en su caso, mediante el procedimiento de fusión por constitución de una nueva persona jurídica.

Quince años después y a pesar de la labor legislativa desarrollada, la práctica ha demostrado que tanto en el ámbito de la Unión Europea como en los respectivos ordenamientos nacionales, la figura de la Sociedad Cooperativa Europea no ha tenido, hasta el momento, un impacto relevante en cuanto a su número, habiendo sido, hasta la fecha, una fórmula societaria prácticamente residual en la realidad del derecho societario comunitario.

Concretamente, respecto de la fusión de cooperativas como fórmula de constitución de la Sociedad Cooperativa Europea, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 1435/2003, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE) [COM(2012) 72 final de 23.2.2012] puso de manifiesto el nulo interés que este mecanismo de fusión había despertado en la práctica en los potenciales destinatarios, siendo lo cierto que las cooperativas habían continuado acudiendo la fórmula de constituir cooperativas ex novo con arreglo a las normativas nacionales.

La presente comunicación trata de sintetizar el régimen aplicable a los procedimientos de fusión en la forma prevista en el Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, así como las repercusiones del mismo para los propios miembros cooperativistas o terceros ajenos a su estructura, con el objetivo de identificar aquellos factores que hayan podido impedir o desincentivar un mayor desarrollo y repercusión de este instrumento.

2.- LA SOCIEDAD COOPERATIVA EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 1435/2003

El objetivo del Reglamento (CE) n.º 1435/2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) es el de crear una nueva figura societaria que viene a sumarse a las previstas en los ordenamientos jurídicos nacionales y que responda a las necesidades de integración europea[2].

El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea está claramente influenciado por el Reglamento (CE) nº. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), esta influencia tiene una relevancia importante si tenemos en cuenta que muchos preceptos del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea son una réplica de los contenidos en el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea[3].

Inicialmente, la estructura interna de la organización de las cooperativas estaba basada en principios con connotación social, si bien la regulación contenida en el *Reglamento* (CE) nº 1435/2003 busca incrementar su rendimiento económico y potenciar la expansión de las Sociedades Cooperativas Europeas[4].

No obstante, procede destacar que el *Reglamento* (CE) nº 1435/2003 ha generado la impresión de ser una norma fragmentaria, esta conclusión se extrae principalmente de la propia literalidad de su artículo 8, en el que se especifica que la Sociedad Cooperativa Europea se regirá:

1) Por lo dispuesto en el *Reglamento* (CE) nº 1435/2003;

2) Cuando el Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la Sociedad Cooperativa Europea;

3) Respecto de las materias no reguladas por el Reglamento o, si se trata de materias reguladas solo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el Reglamento:

i) Por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a este tipo de sociedades,

2 Así se explica en el partado 12º del preámbulo del Reglamento: «La creación de una forma jurídica de alcance europeo para las cooperativas, que se base en principios comunes pero que tenga en cuenta sus características específicas, debe permitirles actuar fuera de sus fronteras nacionales, en todo o en parte del territorio de la Comunidad».

3 PANIAGUA (2007), p. 20.

4 APOSTOLOS (2006), pp. 55 – 56.

ii) Por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social,

iii) Por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Cooperativa Europea tenga su domicilio social.

En cuanto a su constitución, es necesario recordar que la Sociedad Cooperativa Europea es, hasta la fecha, la única forma jurídica de organización empresarial en la Unión Europea que puede ser constituida por personas físicas que no tengan la condición de empresarios[5].

3.- CONSTITUCIÓN DE LA SCE POR FUSIÓN DE COOPERATIVAS PREEXISTENTES

El propio considerando (13) del Reglamento adelanta desde el inicio la posibilidad de acudir al mecanismo de la *«fusión de dos cooperativas existentes»* como forma de constituir una Sociedad Cooperativa Europea *«siempre que dicha cooperativa tenga su domicilio social y su administración central en un Estado miembro y un establecimiento o filial en otro»*.

De esta forma el legislador comunitario confiere a empresas cooperativas, cuya actividad no sea meramente local, un mecanismo para poder reorganizar su propia actividad a escala comunitaria. Concretamente, el artículo 2 de la norma comunitaria dispone que la Sociedad Cooperativa Europea podrá constituirse *«por fusión de cooperativas constituidas con arreglo*

5 Artículo 3.1 del Reglamento: *«La SCE podrá constituirse:*

— por un mínimo de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros,

— por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades en la acepción del segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros,

— por sociedades con arreglo al segundo párrafo del artículo 48 del Tratado y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros,

— por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros, — por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años.»

al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros».

El artículo 19 viene a completar esta previsión en el sentido de aclarar las formas concretas en que la «fusión constitutiva» podrá llevarse a cabo:

«Podrá constituirse una SCE mediante una fusión que se realice:

- bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción,

- bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva persona jurídica.

En caso de fusión por absorción, la cooperativa absorbente adoptará la forma de SCE simultáneamente a la fusión. En caso de fusión por constitución de una nueva persona jurídica, esta última adoptará la forma de una SCE.»

No obstante, en relación a esta fórmula de constitución, no fue contemplada en todos los proyectos de Reglamento, así pues, no será hasta un borrador de propuesta de reglamento divulgado a finales de los años noventa cuando se admita la constitución mediante fusión[6]. Posteriormente, tanto en la propuesta de 1992 como en la de 1993 se elimina de nuevo esta opción, que vuelve a ser admitida en la redacción que da lugar al Reglamento finalmente aprobado.

a) Ley aplicable

La aplicabilidad directa es uno de las característivas propias del instrumento normativo del Reglamento comunitario, que, por lo tanto, no requiere de transposición normativa por parte de los Estados Miembro. No obstante, el complejo sistema de fuentes que se encuentra en la propia esencia del Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea se reproduce en su artículo 20 que, al regular la ley aplicable en caso de fusión, dispone lo siguiente:

«Para las materias no reguladas en la presente sección o, cuando una materia lo esté parcialmente, para los aspectos no cubiertos por ella, toda cooperativa que participe en la constitución de una SCE mediante

6 LAMBEA (2004) pp. 303-306.

fusión se regirá por las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro a que esté sujeta que sean aplicables a las fusiones de cooperativas y, en su defecto, a las disposiciones aplicables a las fusiones internas de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento jurídico de dicho Estado.»

Esta previsión difiere del sistema de fuentes previsto para la Sociedad Cooperativa Europea con carácter general, en el artículo 8 del Relgamento, que establece la siguiente prelación:

1) *Reglamento* (CE) nº 1435/2003;

2) Estatutos de la Sociedad Cooperativa Europea;

3) Respecto de las materias no reguladas por el Reglamento o reguladas solo en parte:

i) Por la legislación que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a este tipo de sociedades,

ii) Por las leyes de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad cooperativa constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que tenga su domicilio social,

iii) Por las disposiciones de los estatutos, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la Sociedad Cooperativa Europea tenga su domicilio social.

Frente a este sistema, la prelación contenida en el artículo 20 puede sintetizarse de la siguiente forma:

1) Sección 2 del del Capítulo II del *Reglamento* (CE) nº 1435/2003;

2) Disposiciones aplicables a las fusiones de cooperativas del ordenamiento jurídico del Estado miembro a que esté sujeta;

3) Disposiciones aplicables a las fusiones internas de sociedades anónimas sujetas al ordenamiento jurídico de dicho Estado.

Pero el artículo 28 del Reglamento no viene sino a hacer más complejo todavía esta determinación de la ley aplicable al establecer, en relación la «legislación aplicable a la constitución por fusión» que se aplicará:

1) El ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté registrada cada una de las cooperativas que se fusionen en lo que se refiere a la protección de los intereses de:

- los acreedores de las cooperativas que se fusionen,
- los obligacionistas de las cooperativas que se fusionen.

2) Las disposiciones que los Estados miembro puedan adoptar, respecto de las cooperativas participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, encaminadas a garantizar una protección adecuada a los socios que se hayan pronunciado en contra de la fusión.

Este complejo sistema de remisiones y referencias a distintas normativas es, precisamente y como se verá más adelante, uno de los motivos que se encuentran detrás del escaso atractivo que la fórmula de la Sociedad Cooperativa Europea ha despertado en el sector cooperativista.

De esta forma, el legislador desiste de establecer un régimen jurídio sustantivo «con pretensión de totalidad y homogeneidad»[7] que resultase aplicable a la totalidad de entidades que optasen por esta fórmula de constitución, desaprovechando la oportunidad de establecer un derecho comunitario societario propiamente dicho en lo que se refiere a esta materia.

b) Procedimiento de fusión

El Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea regula a lo largo de 15 artículos distintos aspectos del procedimiento de fusión a fin de dotarlo de las garantías que un proceso de modificación estructural como este ha de respetar y que se concreta en varios pasos o fases sucesivas:

7 ANDREU MARTÍ, M.M. (2008) en *La Sociedad Cooperativa Europea Domiciliada En España*, p. 189.

i) Elaboración del proyecto de fusión, que hagrá de ser elaborado por los órganos de dirección o de administración de las cooperativas que se fusionen y que contendrá los datos siguientes:

a) la denominación y el domicilio social de las cooperativas que se fusionen y los previstos para la SCE;

b) la relación de canje de las participaciones en el capital suscrito y, en su caso, el importe del pago en efectivo; si no hubiere participaciones, el reparto exacto de los activos y su valor equivalente en participaciones;

c) las formas de entrega de las participaciones de la SCE;

d) la fecha a partir de la cual estas participaciones darán derecho a participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho;

e) la fecha a partir de la cual las operaciones de las cooperativas que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por cuenta de la SCE;

f) las modalidades o ventajas particulares que se refieran a los títulos distintos de las participaciones o a las obligaciones que, de conformidad con el artículo 66, no confieran la condición de socio;

g) los derechos que garantiza la SCE a los titulares de participaciones que tengan derechos especiales y a los portadores de títulos distintos de las participaciones, o las medidas propuestas respecto a ellos;

h) la forma de protección de los derechos de los acreedores de las cooperativas que se fusionen;

i) todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión, así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las cooperativas que se fusionen;

j) los estatutos de la SCE;

k) información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2003/72/CE.

ii) Explicación y justificación de las condiciones de la fusión a través de un informe escrito en el que los órganos de dirección o de administración de cada una de las cooperativas que se fusionen expliquen y justifiquen desde el punto de vista jurídico y económico el

proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las participaciones. El informe indicará además las dificultades de evaluación particulares que puedan haberse presentado.

iii) Publicación del proyecto de fusión en el boletín oficial que deberá contener, además de lo previsto en la legislación aplicable a las sociedades anónimas y lo establecido por el Estado miembro a que esté sujeta, los siguientes datos relativos a cada una de las cooperativas que se fusionen:

a) la forma, la denominación y el domicilio social de las cooperativas que se fusionen;

b) la dirección del lugar o registro en el que se hayan entregado los estatutos y todos los demás documentos y datos correspondientes a cada una de las cooperativas que se fusionan, y el número de inscripción en dicho registro;

c) las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores de la cooperativa de que se trate, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones;

d) las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios de la cooperativa de que se trate, así como la dirección donde pueda obtenerse una información exhaustiva sobre dichas condiciones;

e) la denominación y el domicilio social previstos para la SCE;

f) las condiciones que determinarán la fecha en la que surtirá efectos la fusión.

iv) Aprobación del proyecto de fusión por parte de la asamblea general de cada una de las cooperativas que se van a fusionar[8].

v) Control de la legalidad de la fusión por parte de un tribunal, un notario u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SCE competente en materia de control de este aspecto de la legalidad de la fusión de cooperativas y, en su defecto, de la fusión de sociedades anónimas. A tal fin, cada cooperativa que se fusione remitirá a dicha

8 En cuanto a la aprobación en asamblea general, procede destacar la atención que el legislador presta a la protección de los trabajadores al establecer en el artículo 27.2 del Reglamento sobre la Sociedad Cooperativa Europea que: *«La implicación de los trabajadores en la SCE se decidirá con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2003/72/CE. Las asambleas generales de cada una de las cooperativas que se fusionen podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SCE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que así se determinen».*

autoridad el certificado mencionado en el apartado 2 del artículo 29, en el plazo de seis meses a partir de su expedición, y una copia del proyecto de fusión aprobado por la cooperativa.

vi) Registro y publicación de la fusión. Será precisamente el registro de la fusión y la constitución simultánea de la Sociedad Cooperativa Europea la que determinará la fecha de efectos de la misma, independientemente de la publicidad que haya de darse respecto de cada una de las cooperativas que se fusionen, por los procedimientos que prevea la legislación de cada Estado miembro, que habrá de hacerse de conformidad con la legislación que regula las fusiones de sociedades anónimas.

c) Efectos de la fusión

Los efectos de la fusión que da lugar a la Sociedad Cooperativa Europea vienen reconocidos por el artículo 33 del Reglamento, que establece diferencia entre que la fusión por absorción o fusión por constitución de una nueva persona jurídica.

En este sentido, la *«fusión por absorción»* producirá *«ipso iure y simultáneamente los efectos siguientes»*:

a) la transmisión universal a la persona jurídica absorbente de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de cada cooperativa absorbida;

b) los socios de las cooperativas absorbidas se convertirán en socios de la persona jurídica absorbente;

c) las cooperativas absorbidas dejarán de existir;

d) la persona jurídica absorbente se convertirá en Sociedad Cooperativa Europea.

Asimismo, se especifica que la fusión realizada en la modalidad de *«fusión por constitución de una nueva persona jurídica»* producirá *«ipso iure y simultáneamente los efectos siguientes»*:

a) la transmisión universal a la SCE de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de las cooperativas que se fusionen;

b) los socios de las cooperativas que se fusionen se convertirán en socios de la Socidad Cooperativa Europea;

c) las cooperativas que se fusionen dejarán de existir.

De nuevo en cuanto a sus efectos, el Reglamento vuelve a incluir una referencia a la legislación de los Estados miembro al disponer que *«cuando la legislación de un Estado miembro imponga en la fusión de cooperativas trámites especiales para que la transmisión de determinados bienes, derechos y obligaciones aportados por las cooperativas que se fusionen sea oponible a terceros, dichos trámites se aplicarán y serán efectuados bien por las cooperativas que se fusionen, bien por la SCE a partir del día en que tenga lugar su inscripción».*

Finalmente, y en cuanto a los derechos y obligaciones de las cooperativas participantes en materia de condiciones de empleo (tanto de carácter individual como colectivo) que se deriven de la legislación y prácticas nacionales, de los contratos de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en la fecha del registro, se transferirán, en razón de dicho registro, a la SCE resultante del procedimiento de fusión en cualquiera de sus modalidades.

4.- CONCLUSIONES

La experiencia de la labor legislativa comunitaria societaria ha evidenciado, en general, una serie de carencias o problemas para alcanzar los objetivos fijados respecto del Derecho de Sociedades Europeo[9]:

- Deficiencias en el fundamento y conceptos de la tarea armonizadora.

9 MARTÍNEZ (2008), p. 261.

- Resistencia de los Estados miembro a la incorporación de elementos muchas veces ajenos a su propia tradición jurídica.
- La poca agilidad en el proceso de adopción de decisiones
- El riesgo de la petrificación normativa que choca con la rapidez de los procesos de globalización y de la necesaria adaptación continua y dinamismo de los mercados.

Concretamente, en el caso del *Reglamento* (CE) nº 1435/2003, algunos autores han apuntado que un instrumento más flexible y no diseñado, fundamentalmente para la agrupación de cooperativas de cierta dimensión, hubiera tenido más efectos prácticos[10].

En cualquier caso, además del hecho de que este instrumento parezca más dirigido a entidades de un tamaño importante, existen otros motivos que podrían justificar la escasa repercusión de la Sociedad Cooperativa Europea, entre los que se encuentran, la propia complejidad del Reglamento y el papel fundamental desempeñado por las legislaciones nacionales en su regulación, así como la ausencia de un tratamiento fiscal específico y común a todas ellas[11].

Las normas comunes a la Sociedad Cooperativa Europea se han movido en un marco de mínimos que implican, como ha apuntado algún autor[12], que la Sociedad Cooperativa Europea solo sea en parte una forma jurídica europea. En opinión de parte de la doctrina, el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea ha perdido la ocasión para alcanzar un Derecho Societario unificado favorable a la libertad de establecimiento[13].

De esta forma, aunque el concepto de cooperativa es sobradamente conocido en la Unión Europea, lo cierto es que las leyes que regulan las cooperativas en los distintos ordenamientos nacionales son muy distintas y la ausencia de una legislación apropiada puede ser un obstáculo para alcanzar los resultados integradores y unificadores no acaban de producirse[14].

10 FICI (20014), pp. 10 – 11.

11 El Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea no regula la fiscalidad, ya que esta se rige por las leyes del país en el que la sociedad tenga su sede. Por tanto, la imposición de los ingresos de las cooperativas y el impuesto de sociedades, la imposición de los beneficios o de los excedentes en manos de los socios de las cooperativas y la imposición de las reservas irrepartibles continúan variando de un país a otro.

12 PANIAGUA (2007), p. 20.

13 ÁLVAREZ (2007), pp. 29 – 47.

14 APOSTOLOS (2006), pp. 54 – 55.

Concretamente, en el *Reglamento* (CE) nº 1435/2003 hay más de 100 referencias a la legislación nacional, además de contener referencias especialmente confusas en cuanto a su aplicación como se evidencia, concretamente, en el régimen aplicable a la constitución por fusión.

Las catorce sociedades cooperativas europeas sobre las que hay datos disponibles en este sentido se han creado ex novo (o ex nihilo) de conformidad con el artículo 2, apartado 1, guiones primero, segundo y tercero, del Reglamento sobre la SCE, a saber:

a) *«por un mínimo de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros»*;

b) *«por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades [...] que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros»*;

c) *«por sociedades […] reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros»*.

Más concretamente, seis de ellas se han constituido con arreglo a la letra a); otras seis, con arreglo a la letra b); y otras dos, con arreglo a la letra c). El método de constitución de las demás todavía no se conoce. No se ha recurrido a la constitución por fusión, una circunstancia que, sin duda, invita a efectuar una reflexión acerca de la utilidad de este mecanismo o, en su caso, de la correcta regulación o previsión del mismo.

5.- BIBLIOGRAFÍA:

ALFONSO SÁNCHEZ, R.: «El desarrollo normativo de la sociedad cooperativa europea: propuestas de implantación», *Jado*, 4(2), 2006, pp. 11–52.

ALVAREZ PÉREZ, M.: «Nuevas Perspectivas de La Libertad de Establecimiento En Los Estados de La Unión Europea, En Particular Para Las Sociedades.» *Noticias de La Unión Europea*, no. 265, 2007, pp. 27–48.

ANTONIO ZENNA, F.: «La Sociedad Cooperativa Europea, una ocasión perdida para la armonización y creación de un Derecho Comunitario Unitario: los problemas de implantación del Estatuto en España», *Anales de derecho*, (26), 2008, pp. 649–666.

APOSTOLOS, I.: "Sociedad Cooperativa Europea: Problemática de Implantación En Los Estados Miembros." *Jado*, vol. 4, no. 2, 2006, pp. 53–66.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «Sociedad cooperativa europea: aspectos de derecho internacional privado», in *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*. 1st edn. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2008, pp. 87–120.

EMBID IRUJO, J.M.: "Pasado, Presente y Futuro Del Derecho Europeo de Sociedades." *Ius et Praxis*, vol. 19, no. 1, 2013, pp. 303–28.

ENCISO SANTOCILDES, M., ETXANIZ BARRONDO, A. y MUGARRA ELORRIAGA, A: «Across Boundaries: european cooperative societies. Study cases», Tendencias, 2012, pp. 228–240.

FICI, A.: «La Sociedad Cooperativa Europea: cuestiones y perspectivas», *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, (25), 2014, pp. 69–122.

LAMBEA RUEDA, A.: «La Sociedad Cooperativa Europea: El Reglamento 1435/2003, de 22 de Julio.» *Revista de Derecho Privado*, vol. 88, no. 3, 2004, pp. 300–23.
LAMBEA RUEDA, A.: «Marco Jurídico de La Sociedad Cooperativa Europea Domiciliada En España.» *CIRIEC - España. Revista Jurídica de Economía Social Y Cooperativa*, no. 17, 2006, pp. 85–112.
MARTÍNEZ MARTÍNEZ, D.F.: «La Armonización Del Derecho Societario Europeo En El Siglo XXI: Un Análisis Sistemático Desde La Integración Uniforme de Las Fuentes Comunitarias.» *Revista de Derecho de Sociedades*, no. 30, 2008, pp. 239–78.
PASTOR SEMPERE, M. C.: «La Sociedad Cooperativa Europea Domiciliada En España.» *REVESCO*, no. 97, 2009, pp. 117–44.
PANIAGUA ZURERA, M.: «El estatuto de la sociedad cooperativa europea: el problema de su aplicación en España», *La sociedad cooperativa*, (34), 2007, pp. 19–23.
QUINTAS SEARA, A.: «La Directiva 2005/56/CE como eje central del proceso de armonización del Derecho societario europeo en materia de fusiones transfronterizas : una reflexión acerca de su origen, importancia, y cuestiones sobre las que todavía existe un margen de mejora», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2017, N. 62.
ROJO SALGADO, A.: «La cooperación transfronteriza y sus consecuencias hacia la reestructuración territorial en Europa», en Investigaciones regionales: Journal of Regional Research, ISSN 1695-7253, Nº. 18, 2010, págs. 141-154.

A crise representtiva sob a ótica constitucional e democrática: Interfaces entre a Revolução Constitucionalista de 1932 e a atualidade

Pedro Gonsalves de Alcântara Formiga[1]

Sumário: 1. Introdução – 2. Os conceitos democrático-representativos – 3. O golpe de 1930 – 4. A Revolução de 1932 e a Constituição de 1934 – 5. O panorama sociopolítico atual – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A principal finalidade desse trabalho é investigar a Revolução Constitucionalista de 1932 e a crise política brasileira atual a fim de identificar possíveis correspondências, analisando doutrina jurídica doméstica e internacional, bem como o aporte histórico pertinente ao contexto temporal abordado no trabalho em pesquisa bibliográfica e documental para constatar o panorama sociopolítico atual e passado.

A importância do tema se reflete principalmente pela necessidade de mais estudos acerca do tema, não apenas desse ponto em específico da crise de representatividade, mas do contexto sociopolítico, afora a pertinência histórica do tema e seus possíveis desdobramentos nos dias de hoje.

Metodologicamente, o estudo se centra na análise e coleta bibliográfica das doutrinas jurídicas, políticas e históricas pertinentes ao tema, realizando uma revisão da literatura sobre os pilares nos quais se edifica a representatividade democrática moderna, buscando encontrar o suporte teórico necessário para a produção do trabalho dissertativo.

2. OS CONCEITOS DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVOS

Como é de comum e pacífico entendimento, o advento da democracia representativa surgiu na Grécia mas era uma democracia diversa da difundida pelo Estado Democrático de

[1] Discente da Especialização em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas

Direito, era uma democracia em que os representantes exerciam o papel de representação da população de forma restritiva[2], como explica o Dalmo de Abreu Dallari:

> Haverá alguma relação entre a ideia moderna de democracia e aquela que se encontra na Grécia antiga? A resposta é afirmativa, no que respeita à noção de governo do povo, havendo, entretanto, uma divergência fundamental quanto à noção do povo que deveria governar. No livro III de "A Política", Aristóteles faz a classificação dos governos, dizendo que o governo pode caber a um só indivíduo, a um grupo, ou a todo o povo. Mas ele próprio já esclarecera que o nome de cidadão só se deveria dar com propriedade àqueles que tivessem parte na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. E diz taxativamente que a cidade-modelo não deverá jamais admitir o artesão no número de seus cidadãos. Isto porque a virtude política, que é a sabedoria para mandar e obedecer, só pertence àqueles que não têm necessidade de trabalhar para viver, não sendo possível praticar-se a virtude quando se leva a vida de artesão ou de mercenário. Esclarece, finalmente, que em alguns Estados havia-se adotado orientação mais liberal, quanto à concessão do título de cidadão, mas que isso fora feito em situações de emergência, para remediar a falta de verdadeiros e legítimos cidadãos.[3]

À *posteriori* mas ainda em tempos de regimes predominantemente monárquicos do Século XVIII, Jean-Jacques Rosseau, em "O Contrato Social", sua obra mais expressiva, definiu a seguinte máxima: "Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente" [4]. Ou seja, sinaliza que a democracia é o sinônimo do governo perfeito mas para sua plenitude utópica necessitaria do "povo de deuses", um povo perfeito.

Uma definição de democracia que mais se assemelha à realidade política e jurídica do mundo contemporâneo seria a do Professor Samuel Phillips Huntington, que caracteriza o processo central da democracia como: "a seleção de líderes através de eleições competitivas feitas por pessoas que eles governam" (tradução nossa).[5] Essa definição tem como influência a definição do método democrático feita por Schumpeter:

---

[2] CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Crise da Democracia Representativa e os Reflexos sobre a Separação dos Poderes: O Enfraquecimento do Estado. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez, 2014. p. 340.

[3] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 48.

[4] ROUSSEAU, Jean-Jacques *apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 265.

[5] "The central procedure of democracy is the selection of leaders through competitive elections by the people they govern". HUNTINGTON, Samuel Phillips. **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991. p. 6.

> O método democrático é o arranjo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder para decidir através de um esforço competitivo pelo voto do povo (tradução nossa).[6]

Ambas as definições confluem e coadunam com o entendimento de Gastil da democracia enquanto direitos eleitorais:

> Os direitos políticos são o direito de participar significativamente do processo político. Numa democracia isso significa o direito de todos os adultos de votar e concorrer a cargos públicos, e para os representantes eleitos terem votos decisivos sobre políticas públicas (tradução nossa).[7]

Essas conceituações se aplicam perfeitamente com a democracia exercida na República Federativa do Brasil, com o voto direto e secreto, como expressa o Artigo 14, caput, da Constituição Federal pátria atual ao tratar dos Direitos Políticos:

> A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.[8]

E a partir do preâmbulo da mesma Constituição Federal é ainda mais visível o norte principiológico em que se concentram os pilares que edificam um Estado Democrático de Direito:

> 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

---

[6] "The democratic method is that institutional arrangement for arriving at political decisions in which individuals acquire the power to decide by means of a competitive struggle for the people's vote". SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism, and Democracy**. New York: Harper, 1947. p. 269.

[7] "Political rights are rights to participate meaningfully in the political process. In a democracy this means the right of all adults to vote and compete for public office, and for elected representatives to have a decisive vote on public policies". GASTIL, Raymond Duncan. **Freedom in the World**. Westport, Conn.: Greenwood, 1987. p. 7.

[8] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

> 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 CONSTITUIÇAO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.[9]

3. O GOLPE DE 1930

Antes do Golpe de 1930, o país vivia um momento político com um sistema popularmente denominado "café com leite", onde mineiros (com a produção de leite) e paulistas (com a produção de café) se revezavam na presidência do país mas uma crise econômica estava aos poucos esgotando esse sistema[10], como diz Takayanagi:

> A hegemonia da "Política Café-com-Leite" começou a ruir. Os anos de dominação do poder causaram indignação às demais oligarquias que passaram a se unir e transformaram-se em uma frente de oposição. A classe média e operária se encontravam ainda excluídas, mas os meios de se expressarem tornaram-se plausíveis e palpáveis, pois contavam com a Imprensa e um contingente populacional significativo, consequência da urbanização.[11]

Apesar disso, o Brasil, no que diz respeito ao âmbito político de organização estatal do Poder Executivo presidencial, vivia um período estável na presidência de Washington Luís, segundo Ferreira e Pinto:

> O governo Washington Luís decorreu em clima de relativa estabilidade. [...] Em 1929, iniciou-se um novo processo de sucessão presidencial. Tudo indicava que as regras que norteavam o funcionamento da política até então seriam mais uma vez cumpridas: as forças da situação, por meio do presidente da República, indicariam um candidato

[9] Ibidem.
[10] SILVA, Otavio Pinto e. A Revolução de 1930 e o Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 95, jan./dez. 2000. p. 178.
[11] TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. A Democracia Representativa no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 102, jan./dez. 2007. p. 1106.

> oficial, que deveria ser apoiado por todos os grupos dominantes nos estados.[12]

Porém, num curto de período de tempo, após Washington Luís romper sua aliança política com o Estado de Minas Gerais, o país passou a viver um de seus momentos políticos mais turbulentos, como leciona Otávio Pinto e Silva:

> A volta de Minas Gerais ao poder, por meio de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, parecia o caminho normal de acomodação das forças políticas. Entretanto, a intransigência de Washington Luís alterou os rumos do acordo tácito até então vigente: o presidente, desprezando o "café com leite" preferiu lançar a candidatura de Júlio Prestes, presidente do Estado de São Paulo. Isso fez com que Minas buscasse uma composição com o Rio Grande do Sul para enfrentar o candidato oficial: criada a Aliança Liberal, o presidente do Estado gaúcho, Getúlio Vargas (ex-ministro da Fazenda do próprio Washington Luís) foi escolhido como o candidato da oposição, sustentando um programa que refletindo as aspirações das classes dominantes regionais não-associadas ao setor cafeeiro - tinha por objetivo sensibilizar a classe média.[13]

Ainda assim, a vontade política dos opositores de Washington Luís ainda não havia se aliado a qualquer componente popular que pudesse gerar o estopim de uma revolta armada. Então, a partir de uma crise regional no Estado da Paraíba, João Pessoa foi assassinado, gerando uma imensa comoção nacional que os líderes da Aliança Liberal se utilizaram para angariar apelo popular à sua causa, como assinala João Daniel Lima de Almeida:

> O que faz Getúlio mudar de ideia e assumir o comando revolucionário foi o assassinato do paraibano João Pessoa,

[12] FERREIRA, Marieta de Moraes e PINTO, Surama Conde Sá. **A Crise dos anos 20 e a Revolução de Trinta**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2006. p. 15.
[13] SILVA, Otavio Pinto e. A Revolução de 1930 e o Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 95, jan./dez. 2000. p. 179.

> seu colega de chapa. Sua morte tinha sido motivada por razões mais próximas do crime passional e apenas remotamente políticas, mas foi capitalizada pelos tenentes e aliancistas como uma tentativa de calar a voz que denunciava a fraude eleitoral, que, é claro, se fez presente em ambos os lados. O cadáver Pessoa se tornou bandeira revolucionário.[14]

Com a iminente posse de Júlio Prestes, vencedor das eleições presidenciais de 1930, derrotando a candidatura de Getúlio Vargas, uma articulação para Vargas assumir a presidência rapidamente se instaurou[15], descrita por Alzira Alves de Abreu como um:

> Movimento armado iniciado no dia 3 de outubro de 1930, sob a liderança civil de Getúlio Vargas e sob a chefia militar do tenente- coronel Pedro Aurélio de Góis Monteiro, com o objetivo imediato de derrubar o governo de Washington Luís e impedir a posse de Júlio Prestes, eleito presidente da República em 1o de março. O movimento tornou-se vitorioso em 24 de outubro e Vargas assumiu o cargo de presidente provisório a 3 de novembro do mesmo ano.[16]

Logo uma crise representativa havia se instaurado, uma vez que Getúlio Vargas havia destituído em 1930 não só o Congresso Nacional mas também as Assembleias Legislativas estaduais e as Câmaras Municipais, além de demitir todos os governadores à exceção do presidente de Minas Gerais, Olegário Maciel, como bem explana Boris Fausto:

> As medidas centralizadoras do governo provisório surgiram desde cedo. Em novembro de 1930, ele assumiu não só o Poder Executivo como o Legislativo, ao dissolver o Congresso Nacional, os legislativos estaduais e municipais. Todos os antigos governadores, com exceção do novo governador eleito de Minas Gerais, foram demitidos e, em seu lugar, nomeados interventores federais. Em Agosto de 1931, o chamado Código dos Interventores estabeleceu as normas de subordinação destes ao poder central. Limitava também a área de ação dos Estados, que ficaram proibidos de contrair

[14] ALMEIDA, João Daniel Lima de. **Manual do Candidato: História do Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013. p. 279.
[15] AMARAL, Roberto. O constitucionalismo da Era Vargas. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 41 n. 163 jul./set. 2004. p. 89.
[16] ABREU, Alzira Alves de. **Revolução de 1930**. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/REVOLUÇÃO%20DE%201930.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

> empréstimos externos sem a autorização do governo federal; gastar mais de 10% da despesa ordinário com os serviços da polícia militar; dotar as polícias estaduais de artilharia e aviação ou armá-las em proporção superior ao Exército.[17]

Com isso, rompeu não apenas com a ordem democrática representativa como também a ordem jurídica constitucional, uma vez que o Governo Provisório não se pautava na ordem jurídica estabelecida, embora se mobilizasse de forma vaga e muito lentamente para estabelecer outra.[18] Isso indica uma clarividente ausência de legitimidade política do ponto de vista técnico-conceitual exposto por Michael Lacewing:

> O Estado tem autoridade, no sentido de que as pessoas obedeçam suas leis […]. O termo legitimar vem do Latim de "legal". No senso mais básico, o Estado é legítimo se existe e opera de acordo com a Lei (tradução nossa).[19]

Portanto, na concepção de autoridade, representatividade e legitimidade de Lacewing, é evidente que o Governo Provisório não se encaixa nos quadros de representatividade ou legitimidade.

4. A REVOLUÇÃO DE 1932 E A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Avenida Nove de Julho, uma das maiores vias da cidade de São Paulo, nos remete diretamente à 1932, o 9 de Julho de 1932, data da maior manifestação cívica da história do Estado de São Paulo: a eclosão do Movimento Constitucionalista de 1932. A inscrição brasão da capital paulista por si só o cerne do espírito da Revolução Constitucionalista de 1932 com os dizeres *Non Ducor Duco*, que traduzidos significam "Não sou conduzido, conduzo".[20]

---

[17] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995. p. 333.

[18] RODRIGUES, João Paulo. **Levante "Constitucionalista" de 1932 e a força da tradição. Do confronto bélico à batalha pela memória (1932-1934)**. Assis: UNESP, 2009. p. 22. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Assis, 2009.

[19] "A state has authority, in the sense that people obey its laws […]. The term legitimate comes from the Latin for 'lawful'. In the most basic sense, a state is legitimate if it exists and operates according to the law.". LACEWING, Michael. **Authority and legitimacy**. Disponível em: <http://cw.routledge.com/textbooks/alevelphilosophy/data/AS/WhyShouldIBeGoverned/Authorityandle gitimacy.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[20] AURÉLIO, Daniel Rodrigues. **Dossiê Getúlio Vargas**. São Paulo: Universo dos Livros, 2009. p. 109.

São Paulo vivia um momento de amplo descontentamento ao Governo Provisório de Getúlio Vargas, principalmente pelo fato do paulista Júlio Prestes ter sido eleito, mas não empossado, explica Daniel Rodrigues Aurélio:

> [...] fora ferida a honra dos paulistas pela não posse de Júlio Prestes. O descontentamento com os interventores federais de Getúlio em São Paulo, como o militar João Alberto Lins de Barros, que ocupou o lugar do então presidente do estado, Heitor Penteado, não se aquietou nem quando o Governo Vargas, em março de 1932, oficializou como interventor o paulista Pedro Manuel de Toledo.[21]

Esse descontentamento não era algo tão somente exclusivo das classes dominantes do cenário econômico e político de São Paulo, permeava diversos setores da sociedade paulista à época:

> A reação mais violenta frente à nova situação do Brasil fora a Revolução Constitucionalista, de 1932. Era planejada pela Frente Única Paulista (FUP) e liderada pela Oligarquia Cafeeira (Partido Republicano Paulista) e apoiada pela burguesia industrial e setores da classe média (Partido Democrático).[22]

E para a compleição dos preparativos da "tempestade perfeita", os pilares econômicos do Estado de São Paulo representados pela produção cafeeira ainda enfrentavam uma grave crise:

> [...] a oligarquia paulista não se reconciliou com Getúlio. O que ela desejava era controlar novamente o poder e desenvolver uma política que beneficiasse, de maneira mais efetiva, a cafeicultura, seriamente abalada desde a crise de l929. Os preços do produto tiveram uma queda monstruosa no mercado externo, levando o governo a adquirir o café estocado para queimá-lo. Estima-se que, entre l93l e l944, foram para o fogo mais de setenta e oito milhões de sacas de café.[23]

---

[21] Ibidem.

[22] TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. A Democracia Representativa no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 102, jan./dez. 2007. p. 1106.

[23] KUPPER, Agnaldo. São Paulo 1932: Uma Explosão em Busca de Novos Rumos. São Carlos, **Revista Eletrônica de Educação**, Ano II, No 03, ago/ dez, 2008. p. 7.

Em meio a essa nuvem de malgrado, em uma das várias manifestações e comícios junto à uma greve geral que mobilizou mais de 200.000 trabalhadores, no dia 23 de Maio de 1932, tiros foram disparados contra manifestantes protestavam em oposição ao Governo Provisório de Getúlio Vargas em frente a sede de um jornal de associação "getulista" quatro jovens estudantes foram alvejados e mortos, causando uma vasta comoção por todo o Estado, o estopim que estourou a panela de pressão e deu o pontapé inicial à Revolução Constitucionalista de 1932[24]:

> No dia 23 de maio fora realizado um comício no centro da cidade de São Paulo que reunira estudantes, comerciantes, políticos, trabalhadores, etc., que, de forma uníssona, reivindicavam uma nova Constituição para o Brasil. O ideal de liberdade fora aflorado no coração de todos os brasileiros. Na noite daquele 23 de maio referido comício terminara num conflito armado, uma verdadeira batalha fora travada na Praça da República e ali tombaram Euclides Miragaia, Antonio de Camargo Andrade, Mario Martins de Almeida e Dráusio Marcondes de Souza que contava com apenas 14 anos de idade. As iniciais de seus nomes formaram a sigla MMDC entidade esta transformada no maior símbolo da Revolução Constitucionalista que seria deflagrada aos 09 de julho de 1932.[25]

Participaram dos conflitos cerca de 410.000 combatentes e voluntários, numa sangrenta batalha que se concentrou em quatro frentes: a Frente do Vale do Paraíba (subsetores do Vale, litoral e do sul de Minas); a Frente Mineira (estendida ao Rio Paraná, dividia-se nos setores de Ribeirão Preto, Guaxupé, Ouro Fino, Passa Quatro, Cruzeiro); a Frente de Mato Grosso; a Frente Sul ou do Paraná; e a Frente do Litoral (na costa e na região portuária de santos).[26]

---

[24] FAUSTO, 1995. p. 343-346.

[25] ROMAGNOLI, Carlos Alberto Maciel. **23 de Maio de 1932 - Prelúdio do Maior Movimento Constitucionalista da História**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/artigos/23- de-maio-de-1932-preludio-do-maior-movimento-constitucionalista-da-historia/>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[26] RODRIGUES, João Paulo. **Levante "Constitucionalista" de 1932 e a força da tradição. Do confronto bélico à batalha pela memória (1932-1934)**. Assis: UNESP, 2009. p. 113. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Assis, 2009.

Depois de quase 3 meses de batalhas, a "guerra civil dos paulistas" teve um fim com a assinatura da rendição das Força Pública Paulista. A Revolução Constitucionalista de 1932 havia perdido a guerra, não atingiu seus fins bélicos; mas seu fim ideológico acabou por ser conquistado[27]:

> A promulgação da Constituição de 1934, o retorno da bancada paulista ao estado, recebida em vinte de agosto de 1934 com festejos e discursos, e até mesmo a nomeação de um representante paulista para a Pasta da Justiça do governo eleito de Getúlio Vargas corroboram para fixar a "Revolução Constitucionalista" como um marco político da história estadual. Como um discurso de poder, a posteriori vitorioso, a memória que se escolhe celebrar aparece estampada em O Estado de S. Paulo nos limites de julho de 1934, por ocasião da promulgação da Constituição: "A NOSSA GUERRA NÃO FOI INUTIL PORQUE VENCEU NOS OBJECTIVOS DE S. PAULO: CONSTITUIÇÃO, AUTONOMIA, HEGEMONIA".[28]

A Constituição de 1934, fruto da pressão, resistência e oposição ao Governo Provisório de Getúlio Vargas, encontrando sua expressão máxima na Revolução Constitucionalista de 1932, veio com uma forte inspiração da Constituição de Weimar, da Alemanha[29], que por sua vez, nas palavras de Roger B. Myerson, teria as seguintes características primordiais:

> A Assembleia Nacional se reuniu na cidade de Weimar em 1910 para estabelecer uma constituição para a nova República Alemã. A constituição foi primariamente escrita pelo líder de comitê Hugo Preuss, um jurista e teórico político, com influentes ideias contribuídas por Robert Redslob e Max Weber. Weber em particular foi um participante ativo no processo de elaborar a constituição, e os seus argumentos para uma forte presidência prevaleceu sobre outros que queriam imitar o sistema parlamentarista francês. Weber defendia uma constituição que iria colocar poderes supremos

[27] MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 24 n. 94 abr./jun. 1987. p. 18-19.
[28] RODRIGUES, 2009. p. 331.
[29] AMARAL, Roberto. O constitucionalismo da Era Vargas. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 41 n. 163 jul./set. 2004. p. 90.

> nas mãos de um líder individual forte que teria sua autoridade derivada a partir da vontade do povo.[30]

Na Constituição de 1934, se consagraram direitos e deveres que se perpetuaram em todas as constituições seguintes, como por exemplo: instituiu a obrigatoriedade do voto e tornou-o secreto; ampliou o direito de voto para mulheres e cidadãos com no mínimo 18 anos (excluindo-se soldados, analfabetos e religiosos); criou a Justiça Eleitoral; instituiu o salário mínimo; a jornada de trabalho de oito horas, o repouso semanal, as férias anuais remuneradas e a indenização por demissão sem justa causa; bem como o reconhecimento e a autonomia de associações profissionais e sindicatos.[31]

Restaurou-se assim, a representatividade governamental e a própria legitimidade do governo executivo central brasileiro, afinal, como bem recorda Dimitrios Kyritsis, a "democracia é um ideal político poderoso. Sendo amplamente considerado como um ingrediente essencial da legitimidade política" (tradução nossa)[32]; e confirmando os ideais pleiteados pela Revolução Constitucionalista de 1932.

5. O PANORAMA SOCIOPOLÍTICO ATUAL

Assim como na Revolução Constitucionalista de 1932, na atualidade vivemos um momento de grande descontentamento popular com os seus representantes do Poderes Legislativo e Executivo. Como exemplo, temos uma pesquisa do Instituto de Pesquisas Datafolha realizada em 2016 indicando que a aprovação do governo do Presidente Michel Temer estava em 14% avaliando sua gestão como ótima ou boa, e a última pesquisa do Instituto de Pesquisas Datafolha sobre a popularidade da ex-Presidente Dilma Rousseff indicou uma aprovação de 13%, também avaliando sua gestão como ótima ou boa.[33]

---

[30] "A National Assembly met in the town of Weimar in 1919, to establish a constitution for the new German Republic. The constitution was primarily written by a committee led Hugo Preuss, a legal and political theorist, with influential ideas being contributed by Robert Redslob and Max Weber (see Mommsen, 1984). Weber in particular was an active participant in the process of drafting the constitution, and his arguments for a strong presidency prevailed over others who wanted to imitate the French parliamentary system. Weber advocated a constitution that would put supreme power in the hands of a strong individual leader who would derive his authority from the will of the people.". MYERSON, Roger Bruce. Political Economics and the Weimar Disaster. Tuebingen, **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE), Vol. 160, No. 2, Jun., 2004. p. 190.

[31] MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 24 n. 94 abr./jun. 1987. p. 20-21.

[32] "Democracy is a powerful political ideal. It is widely regarded as an essential ingredient of political legitimacy.". KYRITSIS, Dimitrios. Constitutional Review and Representative Democracy. New York, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 32, No. 2, 2012. p. 297.

[33] CAVALCANTE, Beatriz. **As diferenças entre Dilma e Temer na política econômica**. O POVO Online, Fortaleza, 18 abr. 2016. Gestão. Disponível em:<http://www.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/04/18/noticiasjornalpoliti

Ou seja, dois programas de governo antagônicos, com uma total discrepância de ideais[34] e ambos com um índice elevadíssimo de desaprovação, isso demonstra que o descontentamento da população não é direcionado para figuras partidárias ou pessoais mas sim um descontentamento com toda a chamada "classe política".[35] E o mais impressionante é que as pesquisas de aprovação levantadas são de abrangência nacional, não regional, num paralelo com a Revolução Constitucionalista de 1932, há um escalonamento absurdo de indignação da população de 1932 para a atualidade.

Em 2013, assistiu-se por todo o país uma das maiores manifestações cívicas da história do Brasil, o que se iniciou por protestos que exigiam transporte público gratuito se transformou numa manifestação com um direcionamento generalizado contra a "máquina pública", chegando a reunir cerca de dois milhões pessoas.[36] Muito disso se deve aos elevados índices de corrupção fortemente presentes entre os representantes democráticos do nosso país, um levantamento feito em 2012 revela que:

> [...]um em cada três integrantes do Congresso Nacional está sob investigação no Supremo Tribunal Federal. Dos 594 parlamentares, pelo menos 191 (160 deputados e 31 senadores) são alvos de 446 inquéritos (procedimentos preliminares de investigação) e ações penais (processos que podem resultar na condenação).[37]

Mas felizmente, apesar de todos os reveses, o Brasil atual se encontra num regime democrático, situação bem diversa da de 1932, onde Getúlio Vargas não só assumiu a Presidência sem ser eleito como destituiu o âmbito executivo estadual e o âmbito legislativo

---

ca,3604704/as-diferencas- entre-dilma-e-temer-na-politica-economica.shtml>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[34] INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Governo Temer é aprovado por 14%**. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/07/1792812-governo-temer-e-aprovado-por- 14.shtml>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[35] RODRIGUES, Renan. **Ibope mostra descontentamento geral com classe política**. Extra, Rio de Janeiro, 27 out. 2015. Notícias. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/ibope-mostra-descontentamento-geral-com-classe-politica-17887024.html>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[36] FARAH, Tatiana. **Por 20 centavos e muito mais: manifestações completam um ano**. O Globo, São Paulo, 8 jun. 2014. Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/por-20-centavos-muito-mais-manifestacoes-completam-um-ano-12763238>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[37] SARDINHA, Edson e COSTA, Sylvio. **Parlamentares processados atingem número recorde**. Congresso em Foco, Brasília, 18 jul. 2012. Ficha Limpa. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-anteriores/quase-200-parlamentares-tem-processos-no-stf/>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

em todas as suas esferas.[38] Outro ponto em comum entre 1932 e a atualidade é o fato de o país estar passando por uma crise econômica, o que fragiliza a figura pública dos representantes políticos diante da população.[39]

Também é bem verdade que a nossa democracia é extremamente jovem se comparada às democracias de países desenvolvidos com regimes democráticos consolidados há séculos, como os Estados Unidos da América que vivem em regime democrático desde XVIII[40]; e justamente por essa juventude, o sistema ainda se acomoda aos poucos às necessidades do Brasil, apesar de o sistema político democrático atual já demonstrar alguns sinais de saturação.[41]

Mas isso não é uma exclusividade do nosso país, há quem diga que todo o mundo que adere à democracia representativa moderna passa por um período de crise de representatividade, como diz Simon Tormey:

> O que podemos notar é que as diversas medidas utilizadas pelos cientistas políticos para medir a saúde e o bem-estar da democracia representativa está em uma tendência descendente. Entre as medidas, quatro se destacam: o número de eleitores, filiação partidária, confiança nos políticos, o interesse pela política. No que diz respeito ao comparecimento às urnas, o que está se tornando cada vez mais evidente é que estamos nos tornando eleitores relutantes. Isso é altamente marcado em momentos na história ou em situações onde as votações não tem algo importante em jogo. Por outro lado, onde os eleitores percebem que muito está em jogo, então vemos uma recuperação. No entanto, a tendência geral é clara. A era de ouro do número de eleitores era meio século atrás, e desde então, temos visto um declínio bastante estável mais ou menos em toda a linha. (tradução nossa)[42]

---

[38] FAUSTO, 1995. p. 333.

[39] GARCIA, Giselle. **Entenda a crise econômica**. Agência Brasil, Londres, 15 mai. 2016. Economia. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

[40] TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2010. p. 360.

[41] MORAIS, Thais de Freitas. O debate em torno do sistema político brasileiro: análises polêmicas e desafios. Natal, **Revista Inter-Legere**, nº 5, 2009. p. 163-164.

[42] "Globalization, deregulation, the loss of collective organizational capacity in society have eroded democracy from within. Formal processes and institutions of democracy continue to exist, but they are rapidly becoming a formal game that has lost its democratic substance.". MERKEL, Wolfgang. **Is there a crisis of democracy? Can we answer the question?**. Disponível em: <http://www.democracybarometer.org/Papers/Merkel_2013_APSA.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 7.

E essa crise de representatividade na democracia moderna não seria ligado tão somente ao distanciamento às eleições e votações, segundo Wolfgang Merkel, isso também se dá pelo seguinte:

> A globalização, a desregulamentação, a perda da capacidade de organização coletiva na sociedade minaram a democracia de dentro para fora. Processos e instituições formais da democracia continuam a existir, mas eles estão rapidamente se tornando um jogo formal que perdeu sua substância democrática. (tradução nossa)[43]

Justamente por isso a situação da crise de representatividade da democracia atual não simplesmente se soluciona em poucas medidas, é uma crise de representatividade em que o cerne da questão se divide em muitas faces.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações tecidas até então, é possível afirmar que embora a Revolução Constitucionalista de 1932 e a crise política brasileira atual tenham causas e consequências distintas, muito se assemelham no que diz respeito ao contexto sociopolítico da mobilização popular e a questão da representatividade.

Foi possível verificar um liame da conduta de insatisfação popular generalizada num paralelo em ambas as épocas e através de um estudo holístico é razoável concluir que a crise de representatividade é um fenômeno que afeta todo o mundo democrático moderno numa tendência consistente.

Portanto, faz-se necessário um conjunto de condutas para um posterior estreitamento da representatividade popular para com a "classe política", da mesma forma

[43] "What we can note is that the various measures used by political scientists to measure the health and well-being of representative democracy are on a downward trend. Amongst the measures, four standout: voter turnout, party membership, trust in politicians, interest in politics. As regards voter turnout, what is becoming ever more evident is that we are becoming reluctant voters (Dalton 2004; Hay 2007). This is highly marked at moments in time or in contexts where voting little seems to be at stake. On the other hand, where voters perceive a lot to be at stake, then we can see an upturn (Wessels 2011). However, the general tendency is clear. The golden age of voter turnout was half a century ago, and since then we have seen a fairly steady decline more or less across the board […].". TORMEY, Simon. **The Contemporary Crisis of Representative Democracy**. Disponível em <http://www.aspg.org.au/conferences/sydney2014/Session%205%20-%20Prof.%20Simon%20Tormey%20-%20The%20Contemporary%20Crisis%20of%20Representative%20Democracy.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018. p. 1.

que ocorreu após a Revolução Constitucionalista de 1932, com a promulgação da Constituição de 1934, culminada pelo alinhamento necessário da representatividade política com a nação.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Alzira Alves de. **Revolução de 1930**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/REVOLUÇÃO%20DE%201930.pdf >. Acesso em 24 setembro 2018.

ALMEIDA, João Daniel Lima de. **Manual do Candidato: História do Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013.

AMARAL, Roberto. O constitucionalismo da Era Vargas. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 41 n. 163 jul./set. 2004.

AURÉLIO, Daniel Rodrigues. **Dossiê Getúlio Vargas**. São Paulo: Universo dos Livros, 2009.

BARRO, Robert Joseph. Determinants of democracy. Chicago, **Journal of Political Economy**, 107 (S6). 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BURKE, Edmund. **Speech on Conciliation with the American Colonies**. Disponível em: <http://www.bartleby.com/library/readersdigest/450.html>. Acesso em 24 setembro 2018.

CAVALCANTE, Beatriz. **As diferenças entre Dilma e Temer na política econômica**. O POVO Online, Fortaleza, 18 abr. 2016. Gestão. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/app/opovo/politica/2016/04/18/noticiasjornalpolitica,3604704/as-diferencas-entre-dilma-e-temer-na-politica-economica.shtml>. Acesso em 24 setembro 2018.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Crise da Democracia Representativa e os Reflexos sobre a Separação dos Poderes: O Enfraquecimento do Estado. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

EXPEDITO, Carlos Stephani Bastos. **Revolução de 1932: Blindados de Construção Nacional**. Disponível em: <http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/R1932BN.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018.

FARAH, Tatiana. **Por 20 centavos e muito mais: manifestações completam um ano**. O Globo, São Paulo, 8 jun. 2014. Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/por-20-centavos-muito-mais-manifestacoes-completam-um-ano-12763238>. Acesso em 24 setembro 2018.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo - Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERREIRA, Marieta de Moraes e PINTO, Surama Conde Sá. **A Crise dos anos 20 e a Revolução de Trinta**. Rio de Janeiro: CPDOC, 2006.

GARCIA, Giselle. **Entenda a crise econômica**. Agência Brasil, Londres, 15 mai. 2016. Economia. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica>. Acesso em 24 setembro 2018.

GASTIL, Raymond Duncan. **Freedom in the World**. Westport, Conn.: Greenwood, 1987.
HUNTINGTON, Samuel Phillips. **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA. **Governo Temer é aprovado por 14%**. Disponível em <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/07/1792812-governo-temer-e-aprovado-por-14.shtml>. Acesso em 24 setembro 2018.
KUPPER, Agnaldo. São Paulo 1932: Uma Explosão em Busca de Novos Rumos. São Carlos, **Revista Eletrônica de Educação**, Ano II, No 03, ago/ dez, 2008.
KYRITSIS, Dimitrios. Constitutional Review and Representative Democracy. New York, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 32, No. 2, 2012.
LACEWING, Michael. **Authority and legitimacy**. Disponível em: <http://cw.routledge.com/textbooks/alevelphilosophy/data/AS/WhyShouldIBeGoverned/ Authorityandlegitimacy.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018.
MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, a. 24 n. 94 abr./jun. 1987.
MERKEL, Wolfgang. **Is there a crisis of democracy? Can we answer the question?**. Disponível em <http://www.democracybarometer.org/Papers/Merkel_2013_APSA.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018.
MORAIS, Thais de Freitas. O debate em torno do sistema político brasileiro: análises polêmicas e desafios. Natal, **Revista Inter-Legere**, nº 5, 2009.
MYERSON, Roger Bruce. Political Economics and the Weimar Disaster. Tuebingen, **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE), Vol. 160, No. 2, Jun., 2004.
RODRIGUES, João Paulo. **Levante "Constitucionalista" de 1932 e a força da tradição. Do confronto bélico à batalha pela memória (1932-1934)**. Assis: UNESP, 2009. 320f. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Assis, 2009.
RODRIGUES, Renan. **Ibope mostra descontentamento geral com classe política**. Extra, Rio de Janeiro, 27 out. 2015. Notícias. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/ibope-mostra-descontentamento-geral-com-classe-politica-17887024.html>. Acesso em 24 setembro 2018.
ROMAGNOLI, Carlos Alberto Maciel. **23 de Maio de 1932 - Prelúdio do Maior Movimento Constitucionalista da História**. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/portaldamemoria/artigos/23-de-maio-de-1932-preludio-do- maior-movimento-constitucionalista-da-historia/>. Acesso em 24 setembro 2018.
SARDINHA, Edson e COSTA, Sylvio. **Parlamentares processados atingem número recorde**. Congresso em Foco, Brasília, 18 jul. 2012. Ficha Limpa. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-anteriores/quase-200-parlamentares-tem-processos-no-stf/>. Acesso em 24 setembro 2018.
SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalism, Socialism, and Democracy**. New York: Harper, 1947.
SILVA, Otavio Pinto e. A Revolução de 1930 e o Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 95, jan./dez. 2000.
TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. A Democracia Representativa no Brasil. São Paulo, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, V. 102, jan./dez. 2007.
TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., 2010.
TORMEY, Simon. **The Contemporary Crisis of Representative Democracy**. Disponível em <http://www.aspg.org.au/conferences/sydney2014/Session%205%20-%20Prof.%20Simon%20Tormey%20-

%20The%20Contemporary%20Crisis%20of%20Representative%20Democracy.pdf>. Acesso em 24 setembro 2018.

Crise do capital social: Os caminhos percorridos nos EUA e na Europa.

Roberta Valiatti Ferreira[1]

Sumário: 1. Introdução. 2. O capital social. 3. O colapso do capital social nos Estados Unidos da América. 4. A atual situação do capital social na União Europeia. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. *Introdução*

A contribuição para o capital social é uma das principais obrigações dos sócios elencadas pela legislação portuguesa e comunitária no âmbito das sociedades empresárias. Por essa razão, a matéria recebe um regime jurídico ainda muito rígido, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde alguns estados já aboliram a figura do capital social.

Como observaremos neste trabalho, ao mesmo tempo em que na América esse instituto perdia força, na Europa a legislação fortalecia sua defesa, criando obrigações para as sociedades e para os sócios visando garantir a higidez do capital social.

A leitura das normas europeias mais recentes, contudo, nos permitirão concluir que já há alguns pequenos sinais de flexibilização no regime jurídico do capital social. Conquanto ainda sejam sinais muito tímidos, há quem defenda que, se a legislação comunitária se enveredar pelos mesmos caminhos tomados por alguns estados norte-americanos, poderemos observar também no Velho Continente o fenômeno do *law shopping*, em que as sociedades buscarão o Estado Membro com legislação mais favorável para ali se estabelecer.

2. *O capital social*

2.1. O conceito de capital social

A ideia do capital social surgiu com a necessidade dos investidores nas primeiras entidades empresárias de limitar sua responsabilidade aos valores por eles postos à disposição do empreendimento. Isso porque, nos primórdios das sociedades comerciais, respondiam os sócios com seu patrimônio pessoal pelas obrigações sociais. Assim, a atribuição de uma

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto

personalidade jurídica própria e de um capital que seja individualizado em relação ao dos sócios permitiu a limitação da responsabilidade destes, tornando alguns tipos societários mais atrativos aos investidores.

O conceito de capital social não está claramente expresso no Código das Sociedades Comerciais Português. Esse diploma jurídico, contudo, oferece o substrato necessário para que os estudiosos possam estabelecer, com alguma variação, seus conceitos de capital social.

O Artigo 9.º, alínea j), por exemplo, determina que o capital social é elemento obrigatório do contrato de sociedade. Por sua vez, o Artigo 171.º, n.º 2 determina que em todos os atos externos das sociedades por quotas, sociedades anônimas e em comandita por ações sejam indicados o seu capital social, o montante do capital realizado, caso seja diferente, bem como o capital próprio indicado no último balanço aprovado, quando ele for menor ou igual à metade do capital social.

Estando bem próximo de tecer um conceito, o Artigo 201.º estabelece que, nas sociedades por quotas, o capital social "é livremente fixado no contrato de sociedade, correspondendo à soma das quotas subscritas pelas partes".

Vê-se, assim, que a legislação portuguesa adota a expressão "capital social" em diferentes significados, os quais a doutrina busca incluir nos conceitos que formula.

Destacamos, assim, os conceitos de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, para quem, nas sociedades em geral, o capital social é o número que representa o valor nominal da soma das participações sociais consistentes em entradas em dinheiro e/ou espécie. Ressalva, porém, que nas sociedades anônimas com ações sem valor nominal, será a cifra definida nos estatutos relativa ao valor mínimo das entradas que os sócios deverão realizar.[2]

Em função das diferentes abordagens dadas pela lei, é possível distinguir o capital social formal, que corresponde àquele número estável expresso no contrato ou no estatuto social, e o capital social real, constituído pelos bens constantes do ativo da sociedade destinados a cobrir o valor do capital social formal. Nas palavras de GARRIGUES, capital social real é o patrimônio que "deve, pelo menos, existir" no ativo do balanço[3].

[2] ABREU, Jorge Manuel Coutinho – **Curso de Direito Comercial: Das Sociedades**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. II, ISBN 978-972-40-5949-5. p. 404.

[3] GARRIGUES, Joaquim *apud* CARVALHO, Francisco Neves Marques – O aumento de capital social por entradas em espécie, em particular com créditos sobre a sociedade. In PITA, António Pereira de Almeida (coord.). **Temas de Direito das Sociedades**: colectânea de dissertações em direito das empresas - ISCTE-IUL. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219180. p. 305.

2.1.1. Capital social real *versus* patrimônio

Ainda que estejam ligados por uma relação de pertença, não se pode confundir o capital social real com o patrimônio da sociedade. Este, se considerado em sua forma bruta, é o conjunto de bens, direitos e obrigações do grêmio social. Se deduzido o passivo, tem-se o chamado patrimônio líquido, também chamado de capital próprio.

Enquanto o capital é uma cifra, adstrito à realidade aritmético-monetária, o patrimônio é uma realidade concreta de relações jurídicas, embora possa também ser traduzido em números.[4]

A relação entre o capital social e o patrimônio é ilustrada como a de um recipiente para medir trigo. O capital social é o recipiente e o patrimônio é o trigo, que às vezes não enche o recipiente, mas às vezes o transborda. O reservatório deve estar sempre cheio e somente aquilo que dele exceder pode ser distribuído aos sócios como dividendo[5].

Alguns autores afirmam que no início da sociedade o patrimônio tende a coincidir com o capital social[6], entretanto, observamos que, na prática, pode ser que isso não ocorra. A situação mais comum é a de existirem despesas decorrentes da sua constituição, entre elas, as previstas no Artigo 19.º, n.º 01 do CSC[7]. Mas há também a possibilidade de já existirem bônus de emissão (cuja ocorrência, na prática, é difícil de visualizar, salvo quando se verifique a hipótese de uma condição criada para alguns sócios em desfavor de outros), ou ainda, quando exista uma diferença na avaliação dos bens entregues nas entradas em espécie.[8]

2.2. Funções do capital social

[4] ABREU – **Curso de Direito …**, p. 405-406.
[5] VIVANTE apud LAMY FILHO, Alfredo – Capital social. Conceito. Atributos. A alteração introduzida pela Lei n.ºº 9.457/97. O capital social no sistema jurídico americano. Revista Forense. Rio de Janeiro. Editora Forense. ISSN 0102-8413. Vol. 346 (1999), p. 4.
[6] PITA, Manuel António – **Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais** [em linha]. [Consult. 12 mai. 2016]. Disponível em WWW: URL<http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mp_MA_12954.doc>.
[7] Sobre tal situação, Paulo de Tarso Domingues esclarece que, no período entre a celebração do contrato e seu registro, respondem solidariamente o patrimônio da sociedade e o das pessoas referidas no artigo 40.º do CSC, mas apenas pelas dívidas mencionadas no artigo 19.º, que traz um rol taxativo. Em se tratando de dívidas diversas das previstas nesse rol, não responderá o patrimônio social, o que reduz o risco de o patrimônio inicial ser inferior ao capital social (DOMINGUES, Paulo de Tarso – O Regime Jurídico das Sociedades em Formação. In **Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO. Coimbra. Coimbra Editora, 2001. ISBN: 972-32-1041-X. p. 987 a 989.)
[8] RUBIO VICENTE, Pedro J. - **La aportacion de empresa em la sociedad anônima**. Valladolid: Lex Nova, 2001. ISBN 84-8406-913-3. p. 174.

As funções normalmente atribuídas ao capital social pelos autores europeus são as de garantia de credores, organização e produção.

A função de garantir os credores é destacada pela doutrina como a principal delas, chegando a ser chamada de "função rainha".[9] A existência do capital social permite que entrem e se conservem no patrimônio da sociedade os bens necessários ao adimplemento das obrigações perante os credores sociais, o que se dá através das normas que impõem a necessidade de que o valor real dos bens e direitos que integram o patrimônio social supere o total das dívidas e obrigações que sobre eles recaem, em quantia ao menos igual à que é expressa pelo capital.[10] O capital social se torna, assim, um instrumento de equilíbrio entre os interesses dos credores sociais e dos acionistas[11], especialmente porque nas sociedades de capital (sociedades anônimas e sociedades por quotas) apenas o patrimônio social responde pelas dívidas perante os credores sociais.

No caso das sociedades em que a lei prescinde do capital social (sociedades em nome coletivo, na qual todos os sócios contribuem apenas com sua indústria) a garantia aos credores reside no fato de que os sócios responderão pelas dívidas sociais com o seu patrimônio pessoal.

Já a função de organização é exercida na medida em que o capital social permite determinar e proteger a situação jurídica dos sócios perante o grêmio social. É a participação no capital social que determina a medida dos direitos e obrigações de cada sócio.

A função de financiamento, também chamada de produção ou produtividade, diz respeito à viabilização da atividade empresarial por meio dos bens entregues pelos sócios ou acionistas como participação no capital social.

São essas funções o argumento mais importante utilizado pelos autores europeus para a manutenção do capital social como instituto necessário à limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas, através do estabelecimento de normas rígidas sobre a tutela deste patrimônio especial, que se mantém destacado do patrimônio pessoal dos sócios[12].

Não obstante tal proteção legal, as funções do capital social são alvo de muitas críticas sobre sua real importância, mesmo no espaço europeu, como trataremos mais adiante.

---

[9] DOMINGUES, Paulo de Tarso – **Variações sobre o capital social**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-3925-1, p. 125.
[10] BULGARELLI, Waldirio – **Manual das sociedades anônimas**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. ISBN 85-224-2709-7. p. 99.
[11] CARVALHOSA, Modesto - **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas:** Lei n.ºº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-02121-4. p. 57.
[12] PENTEADO, Mauro Rodrigues - **Aumentos de capital das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 13.

2.3. Princípios

Como se pode observar das breves notas acima, o capital social mantém grande importância no direito societário português e comunitário e, por isso, o tratamento que lhe é dispensado é orientado por princípios. Apontamos inicialmente o princípio da determinação, em virtude do qual o capital social deve sempre estar expresso e determinado no contrato de sociedade.

Há também o princípio da correspondência ou efetividade, de acordo com o qual a sociedade deve manter em seu patrimônio bens suficientes a cobrir aquela cifra indicada no capital social.

O mais importante princípio certamente é o da estabilidade ou intangibilidade, que promove a manutenção do capital social, impedindo que ele seja dilapidado pelos sócios e não permitindo, por exemplo, que sejam restituídos a eles os bens entregues ao patrimônio social. Tal não impede, porém, que a administração da sociedade disponha desses bens de outra forma, especialmente para a realização da atividade empresária a que se dedica, sendo este um dos motivos que enfraquecem a função de garantia a credores, atribuída ao capital social.

Esses são os princípios mais destacados pela doutrina, mas há também quem indique outros princípios, como o da unidade (o capital da sociedade deve ser um só, indicado em um único balanço) e o da fixidez (a cifra indicada deve ser fixa, só podendo ser alterada na forma prevista em lei).[13]

3. *O colapso do capital social nos Estados Unidos da América*

Apesar de ainda ser um elemento obrigatório das sociedades de capitais, a discussão acerca da (im)prescindibilidade do capital social vem ganhando espaço no meio jurídico europeu, especialmente por influência da variada legislação existente nos Estados Unidos da América.

Em diversos estados americanos a figura do capital social foi extinta, em um movimento que teve início nas últimas décadas do século XIX e que provocou a simplificação e flexibilização das normas societárias de cada Estado. Tal movimento se deu

[13] LAMY FILHO, Alfredo – Capital Social. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões – **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-85-309-1036-5. vol. I. p. 197-198.

após o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos que proibiu que os Estados impedissem o estabelecimento em seu território de sociedades criadas em outro Estado, de acordo com as normas deste último, e que desenvolvessem atividades inter-estaduais.[14]

Tal decisão abriu a possibilidade de as sociedades serem constituídas nos Estados que tivessem a legislação mais benéfica, um movimento que ficou conhecido como *law shopping*.

Com isso, os Estados iniciaram uma corrida pelo estabelecimento de normas mais atrativas, tornando mais liberal o direito societário ao reduzir as restrições e regras mais rígidas à atividade social, inclusive no que tange à constituição e permanência do capital social, o qual, paralelamente, ganhava maior proteção na Europa.[15]

Diante dessa constante busca pela adaptação da legislação aos interesses das sociedades – notadamente aos interesses dos *managers*, que, por uma relação de fidúcia (*trust*), tinham liberdade para administrar os bens sociais[16], com poderes até mesmo para agir de forma contrária aos interesses dos sócios [17]– muito se discutiu se tal abertura da lei significaria uma melhora (*race to the top*) ou um declínio (*race to the bottom*) da situação jurídica das sociedades.

Nessa disputa, o Estado de Delaware tem se mantido à frente dos demais, oferecendo, além da legislação mais atrativa, elementos circunstanciais que favorecem a atração de investidores, entre os quais destacamos a especialização de alguns tribunais em matéria societária e a existência de regulação para as mais diversas situações do cotidiano das sociedades.

Esse mercado das leis, porém, não é completamente livre, podendo o governo federal intervir junto aos Estados, a fim de evitar excessos e promover normas mais equilibradas.[18] Foi o que fez especialmente após a Grande Depressão de 1929, à qual se seguiram as leis que estabeleceram maior controle sobre as emissões de ações e outros valores mobiliários, visando especialmente à proteção de investidores e credores, através da exigência de maior publicidade e controle sobre as informações contábeis, a fim de evitar fraudes ou enganos.

A partir da década de 1960, ganharam espaço nos Estados Unidos da América as legislações estaduais que eliminavam a exigência do capital social mínimo. Entres os motivos

[14] DOMINGUES, Paulo de Tarso – **O Capital Social (ou a Falta dele) nos Estados Unidos da América.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1645-1430. A. 6. (2009) p. 480.
[15] DOMINGUES - **O Capital Social (ou a Falta dele)…** p. 480, nota 46.
[16] LAMY FILHO – **Capital social…**, p. 7.
[17] DOMINGUES - **O Capital Social (ou a Falta dele)…** p. 483.
[18] DOMINGUES - **O Capital Social (ou a Falta dele)…** p. 487-488 e 507.

para tanto, estavam sua inadequação e a ineficiência no papel de cautela dos credores, exatamente a função do capital social mais defendida pelos doutrinadores portugueses.

Em 1980, com o *Model Business Corporation Act* (MBCA), que não era um texto legal, mas um modelo normativo criado por experts em *Corporate Law*, revisado 1984 no *Revised Model Business Corporate Act,* propôs-se a eliminação do *stated capital* (porção das entradas realizadas pelos sócios que era atribuído pela sociedade ao capital social), do valor nominal das ações e da exigência de atribuição de valor mínimo às ações.

Tais mudanças tiveram por fundamento a ausência de importância desses conceitos para os credores sociais, mas interferiram diretamente na distribuição de bens aos sócios, que estava vinculada a tal conceito.

Assim, de acordo com o RMBCA, a possibilidade de tal distribuição passaria a ser submetida aos testes de insolvência (*equity insolvency test*) e de balanço (*balance sheet test*). Do primeiro deveria resultar que a sociedade não ficasse insolvente caso distribuísse bens aos sócios. Com o segundo teste, dever-se-ia constatar a existência de um ativo maior que o passivo e, nessa hipótese, somente o que excedesse poderia ser entregue aos sócios. Ou seja, a distribuição dos dividendos passou a ficar condicionada ao não comprometimento da liquidez e solvabilidade da sociedade.[19]

Após o RMBCA, o *California Corporations Code*, de 1975, estabeleceu regras ainda mais rígidas para a distribuição de bens aos sócios, pois, além do teste de insolvência semelhante ao já antes mencionado, estabeleceu que a sociedade deveria limitar tal distribuição aos lucros por ela gerados ou que, após a repartição entre os sócios, o patrimônio líquido ainda excedesse o passivo em 25%, hipótese em que também se deveria constatar que os "ativos correntes" superem os "passivos correntes".

Com isso, parte do patrimônio da sociedade deixa de ficar imobilizado como *stated capital*, sendo necessário que a sociedade apenas garanta que possui bens que superem suas obrigações para que possa distribui-los aos sócios, o que esvazia a ideia de garantia aos credores depositada no *stated capital*. Tal garantia passa agora a ser obtida por outros meios, especialmente por meios de contratos.

Hoje, portanto, poucos são os Estados americanos que mantêm a figura do capital social, pois foram criados outros instrumentos que permitem exercer as funções que lhe são atribuídas, como a função de garantia aos credores (a ser exercida pelos testes acima

[19] KÜBLER, Friedrich - The rules of capital under pressure of securities markets. In HOPT, Klaus J.; WYMEERSCH, Eddy. **Capital markets and company law.** Oxford: Oxford University Press, 2003. ISBN 9780199255580. p 95 e ss.

indicados, somados a outros elementos, como a publicização das informações patrimoniais), a função de organização (o capital social pode deixar de ser parâmetro para a distribuição do poder entre os sócios se o próprio contrato de sociedade dispuser previamente sobre as regras a respeito) e a função de financiamento (uma vez que os sócios não estarão dispensados de entregar à sociedade bens em contrapartida às ações que subscrevem).

4. *A atual situação do capital social na União Europeia*

Paralelamente a esse movimento norte-americano de eliminação do capital social, mas em sentido oposto, na Europa as regras para sua proteção tornaram-se mais rígidas no último quarto do século XX, especialmente com a Segunda Diretiva sobre Sociedades[20] (igualmente nominada Diretiva do Capital), cujo objeto de regulamentação são as sociedades anônimas (ou equivalentes dos demais Estados Membros).[21]

Assim, enquanto o RMBCA possibilitava a realização da entrada com qualquer tipo de direito, como um contrato de serviços a serem prestados e mesmo com outros valores mobiliários que a direção entendesse adequada como contrapartida às ações emitidas, a Diretiva do Capital não permite a entrada com indústria e determina que os bens diferentes de dinheiro sejam avaliados por profissionais independentes, sem qualquer interesse na sociedade.

Enquanto o RMBCA prevê a possibilidade de distribuição de bens aos sócios tendo como condicionante a solvabilidade e liquidez da companhia, a Diretiva europeia veda qualquer divisão que atinja o capital social, de forma que tal distribuição apenas será possível quando o patrimônio for superior ao capital.

Aponta-se, contudo, que a oposição europeia às mudanças no regramento do capital social pode não ter força suficiente para manter por muito tempo a resistência à adequação da legislação à realidade econômica atual, especialmente porque o atual quadro legislativo sobre o capital social, além de ineficiente, aumenta os custos das atividades empresariais.[22]

Nesse sentido, na primeira década do século XXI, deu-se início a algumas mudanças visando à simplificação e modernização das normas de direito societário, como se observa

[20] CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. (31 Jan. 1977) N.º L 26/1. ISSN 0257-7771. p. 44-54.

[21] Embora tal diploma se aplique em Portugal apenas às sociedades anônimas, tais regras foram transpostas pelo legislador português também para as sociedades por quotas, integrando a parte geral do CSC.

[22] KÜBLER – The rules of capital… p. 95 e ss.

na Diretiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06 de setembro de 2006.[23] Tais mudanças foram incentivadas a partir das conclusões dos grupos de estudos criados pela Comissão Europeia. O primeiro tinha o objetivo de analisar as possíveis mudanças visando simplificar a legislação do mercado único europeu, chamado SLIM ("Simpler Legislation for International Market"). O outro, chamado *High Level Group of Company Law Experts,* visava elaborar sugestões para a modernização do direito das sociedades e seu relatório final ficou conhecido como Relatório *Winter*, por ter sido presidido por Jaap Winter.[24]

Na esteira das mudanças, a Comissão Europeia ainda se comprometeu a promover a alteração da Diretiva de Capital com vistas a criar um sistema alternativo ao do capital social, de forma que aos Estados Membros caiba escolher se manterão ou não o regime hoje em vigor.

Tal mudança, contudo, ainda não foi realizada, embora alguns passos em direção à flexibilização do regramento do capital social tenham sido promovidas pela Diretiva 2012/30/UE[25], que em seu Artigo 48º revogou a Diretiva 77/91 (Diretiva do Capital). Nota-se já nos considerandos da Diretiva mais recente que o capital social continua sendo valorizado como instrumento de garantia para credores e, em grande parte, mantém-se como instrumento de organização de forças dentro da sociedade.

De toda forma, nota-se uma sensível modificação no que tange às entradas para o capital social, permitindo, por exemplo, que uma entrada em bem diverso de dinheiro possa ser feita sem a especial avaliação por um revisor oficial de contas (ROC) sempre que, após uma decisão do órgão de administração ou de direção, tal entrada seja constituída por ativos distintos dos valores mobiliários e instrumentos do mercado monetário, cujo justo valor resulte das contas oficiais do exercício financeiro anterior, desde que tenham sido objeto de auditoria por um auditor independente no âmbito da revisão legal das contas anuais e consolidadas (Artigos 11º e 12º).

Na legislação portuguesa houve ainda recente alteração promovida pelo Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho[26], que permitiu aos sócios realizarem entradas mediante

[23] PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006. Jornal Oficial da União Europeia. (25 Dez 2006). N.º L 264. ISSN 1977-0774. p. 32-36.
[24] DOMINGUES – **Variações sobre…,** pp. 73-74.
[25] PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Jornal Oficial da União Europeia. (14 Nov. 2012) N.º L315. ISSN 1977-0774. p. 74-97.
[26] PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho. Diário da República. (30 Jun. 2017) 1.ª série. N.º 125. p. 3299-3314.

compensação de créditos de suprimentos, também sem uma especial avaliação por um revisor oficial de contas, bastando que a verificação das entradas se dê mediante mera declaração do contabilista certificado ou do revisor oficial de contas, sempre que a revisão de contas seja legalmente exigida.

Nota-se, assim, uma sutil facilitação no regime das entradas, certamente um dos passos em direção à prometida permissão para que os estados membros deixem de exigir a constituição de capital social, o que, para o Prof. PAULO DE TARSO DOMINGUES, abrirá caminho à possibilidade de se instalar também no espaço europeu o fenômeno do *law shopping* verificado nos Estados Unidos da América.[27]

5. *Conclusão*

Neste trabalho foi possível observar os diferentes caminhos já percorridos pelo direito europeu e pela legislação dos estados norte-americanos na disciplina do capital social. Enquanto em alguns destes o capital social já despareceu, na União Europeia há uma grande resistência a esse processo.

Entendemos que a objeção à eliminação do capital social está mais relacionada ao pensamento conservador e às dificuldades advindas da compatibilização com a variada legislação dos Estados Membros.

Como se demonstrou acima as tradicionais funções hoje atribuídas ao capital social podem ser exercidas através de outros mecanismos, como é o caso da distribuição de lucros aos sócios ficar condicionada aos testes de insolvência (*equity insolvency test*) e de balanço (*balance sheet test*).

Dessa forma, mesmo que na Europa as mudanças ainda sejam pequenas, observa-se um movimento rumo à flexibilização do regime do capital social, o que nos parece estar em consonância com a necessidade de modernização e adequação do Direito à dinâmica do mundo empresarial.

6. *Bibliografia*

ABREU, Jorge Manuel Coutinho – **Curso de Direito Comercial: Das Sociedades**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. II, ISBN 978-972-40-5949-5. p. 404.
BULGARELLI, Waldirio – **Manual das sociedades anônimas**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000. ISBN 85-224-2709-7. p. 99.

[27] DOMINGUES – **Variações sobre…,** p. 76.

CARVALHO, Francisco Neves Marques – O aumento de capital social por entradas em espécie, em particular com créditos sobre a sociedade. In PITA, António Pereira de Almeida (coord.). **Temas de Direito das Sociedades**: colectânea de dissertações em direito das empresas - ISCTE-IUL. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219180. p. 305.
CARVALHOSA, Modesto – **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas:** Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. ISBN 85-02-02121-4. p. 57.
CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976. Jornal Oficial das Comunidades Europeias. (31 Jan. 1977) N.º L 26/1. ISSN 0257-7771. p. 44-54.
DOMINGUES, Paulo de Tarso – **O Capital Social (ou a Falta dele) nos Estados Unidos da América.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1645-1430. A. 6. (2009) p. 480.
DOMINGUES, Paulo de Tarso – O Regime Jurídico das Sociedades em Formação. In **Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO. Coimbra. Coimbra Editora, 2001. ISBN: 972-32-1041-X. p. 987 a 989.
DOMINGUES, Paulo de Tarso – **Variações sobre o capital social**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-3925-1, p. 125.
KÜBLER, Friedrich – The rules of capital under pressure of securities markets. In HOPT, Klaus J.; WYMEERSCH, Eddy. **Capital markets and company law.** Oxford: Oxford University Press, 2003. ISBN 9780199255580. p 95 e ss.
LAMY FILHO, Alfredo – Capital social. Conceito. Atributos. A alteração introduzida pela Lei n.ºº 9.457/97. O capital social no sistema jurídico americano. Revista Forense. Rio de Janeiro. Editora Forense. ISSN 0102-8413. Vol. 346 (1999), p. 4.
LAMY FILHO, Alfredo – Capital Social. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões – **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. ISBN 978-85-309-1036-5. vol. I. p. 197-198.
PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006. Jornal Oficial da União Europeia. (25 Dez 2006). N.º L 264. ISSN 1977-0774. p. 32-36.
PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Jornal Oficial da União Europeia. (14 Nov. 2012) N.º L315. ISSN 1977-0774. p. 74-97.
PENTEADO, Mauro Rodrigues - **Aumentos de capital das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 13.
PITA, Manuel António – **Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais** [em linha]. [Consult. 12 mai. 2016]. Disponível em WWW: URL<http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mp_MA_12954.doc>.
PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho. Diário da República. (30 Jun. 2017) 1.ª série. N.º 125. p. 3299-3314.
RUBIO VICENTE, Pedro J. – **La aportacion de empresa em la sociedad anônima**. Valladolid: Lex Nova, 2001. ISBN 84-8406-913-3. p. 174.

El derecho de la competencia europeo y su incidencia en el deporte

Ignacio López[1]

ABSTRACT:La incidencia del derecho de la competencia en el ámbito deportivo ha sido una constante que ha supuesto importantes cambios en el deporte a nivel europeo y con la consiguiente influencia a nivel nacional. En este artículo analizaremos las principales implicaciones que el derecho de la competencia ha tenido sobre este sector a través del análisis de la normativa y las sentencias más relevantes que han ido influyendo en la configuración de la normativa aplicable al deporte.

PALABRAS CLAVE: Derecho deportivo, Derecho de la competencia, Especificidad del deporte.

SUMARIO: I-Introducción; II-El Régimen Europeo de Derecho de la Competencia; III-Relaciones específicas entre deporte y Derecho de la Competencia. 1-El mercado de explotación de características secundarias de clubes y federaciones deportivas,1.1.Los derechos de emisión, 2-Reglas concernientes a la organización del deporte. Monopolio deportivo federativo.. 3-Subvenciones, El control de las ayudas públicas; IV-Conclusiones; V-Bibliografía.

I.INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de la actual Unión Europea estuvo presente la idea de crear un espacio común sin fronteras en el que los ciudadanos de los diferentes estados miembros pudieran moverse entre ellos libremente.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de Roma de 1957[2] fue el comienzo del proceso de integración económica Europea, dando forma a un mercado común formado por los Estados firmantes de este Tratado.

[1] Abogado. Estudiante de Doctorado Universidad de Vigo
[2] Tratado de Roma 1957

Es por ello que el derecho de la Unión Europea está orientado a un mercado común, sin fronteras interiores en el que puedan circular las mercancías, las personas, los servicios y los capitales (art 26 TFUE) y en definitiva son estas libertades las que dan sentido al mercado interior y actúan como armonizadoras del mismo y de la propia Unión Europea.

II-EL RÉGIMEN EUROPEO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como ya hemos expuesto anteriormente la creación de un mercado único en la unión europea implica que los actores económicos que operen en este mercado han de estar precisamente preparados para competir en el mismo y obviamente someterse a las reglas en materia de competencia, entre otras, que regularán estas relaciones en el mercado común, lo que a veces choca con esa visión limitativa que a veces dan las fronteras, encontrándonos con imposiciones de un ente transfronterizo como es la UE y que afectan a las actividades económicas dentro de un pais, sin darnos cuenta que el ámbito de operaciones o de actividades abarca todo el mercado común y no sólo un pais o región determinados.

Es por ello que la Unión Europea ha establecido unos mecanismos de protección que procuran defender de forma obligatoria tanto la transparencia como la legitimidad de cualquier actuación encaminada a falsear los procesos económicos en este mercado común.

Con base en esto ya el Tratado Constitutivo de la Unión Europea consagró la política de competencia, otorgándole una importancia esencial y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como sucesor del Tratado Constitutivo ha incluido en su texto las referencias de mayor importancia relativas a la materia de derecho de la competencia siendo los artículos 101, 102 y 107 del Tratado los que llevan el peso de la normativa en esta materia.[3]

III-RELACIONES ESPECÍFICAS ENTRE DEPORTE Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como sabemos el derecho de la competencia europeo proscribe una serie de comportamientos que implican una vulneración de las reglas del mercado único.

Estos comportamientos prohibidos tienen unas implicaciones específicas en ciertas actividades relacionadas con el deporte y sobretodo una gran trascendencia económica, por

[3] JESÚS ALFONSO SOTO PINEDA. Vías de aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea

lo que entendemos que resulta importante centrarse en estas actividades y las consecuencias que en ellas tiene el derecho de la competencia, dentro de las cuales entendemos con una mayor relevancia las siguientes:

1-El mercado de explotación de características secundarias de clubes y federaciones deportivas

Si bien el objeto principal en la actividad tanto de un club deportivo como de una federación es el deporte, existe una actividad comercial alrededor de éstos que implica que actúen como operadores económicos sujetos a las reglas del derecho de la competencia.

Dentro de ésto nos encontraríamos con actividades relativas a redes exclusivas de distribución de venta de entradas o venta de merchandising deportivo, aunque sin duda los conflictos relativos a los derechos de emisión son, por su importancia, los que merecen mayor atención.

1.1.Los derechos de emisión

Con la abrumadora importancia que han cobrado en los últimos años los eventos deportivos y la dimensión económica de éstos, el negocio en torno a la venta de los derechos audiovisuales ha revolucionado el sector, convirtiéndose de esta forma en un negocio lucrativo capaz de generar cuantiosos ingresos. Por tanto tal y como ya se ha avanzado la venta y la adquisición de derechos audiovisuales para acontecimientos deportivos están sujetas a las normas sobre competencia estando por tanto prohibido al igual que en otros sectores económicos que se celebren acuerdos contrarios a la competencia y se ejerza un abuso de una posición dominante.

Desde finales de la década de 1980 y principios de la de 1990, gracias a la liberalización progresiva de los mercados de radiodifusión y los avances tecnológicos se ha producido un boom en lo relativo a las emisiones deportivas lo que ha conducido a que en la actualidad, exista una relación simbiótica entre el deporte y los medios de comunicación. El deporte es una fuente de contenidos atractivos para cualquier medio de comunicación ya que muchas veces sirve como reclamo para captar espectadores o abonados en el caso de canales de pago y de igual forma la venta de derechos de televisión es una de las fuentes

principales de financiación tanto de clubes como federaciones deportivas en concepto de derechos televisivos y patrocinios.

Y es en el marco de esta relación en el que el derecho de la competencia ha desempeñado un papel importante en la aplicación de la legislación relativa a los derechos audiovisuales.

Es interesante hacer mención a la Decisión 2003/778, de 23 de julio de 2003, de la Comisión Europea, relativa a la venta conjunta de los derechos comerciales de la Liga de Campeones de la UEFA, en la que consideró que el mercado de productos de referencia podía definirse como el mercado de la adquisición de derechos de retransmisión por televisión de acontecimientos futbolísticos que se celebraban regularmente a lo largo de todos los años.

La Comisión Europea consideró que el ámbito geográfico de los diferentes mercados era nacional o se limitaba a regiones lingüísticas. Los derechos audiovisuales de acontecimientos futbolísticos como la Liga de Campeones se venden normalmente a escala nacional debido a que la distribución, tiene carácter nacional a causa de los regímenes reglamentarios nacionales, las barreras lingüísticas y los factores culturales. Además, las cadenas de televisión de pago normalmente solo venden abonos a los espectadores situados en cierto territorio, y la publicidad se adapta normalmente a los gustos y lenguas de cierto territorio. Consideraciones similares parecen aplicarse a los nuevos servicios de los medios de comunicación.

Otra cuestión importante es la relativa a la venta colectiva de los derechos audiovisuales. Hasta la fecha, la aplicación del derecho de la competencia a las emisiones deportivas se ha centrado principalmente en la venta colectiva por parte de ligas deportivas de derechos exclusivos de emisión en directo de sus acontecimientos.

El argumento a favor de la intervención regulatoria se basa en la afirmación de que la venta colectiva a través de una liga significa que los equipos actúan como un cártel.

Debido a las particularidades del sector, la comercialización de los derechos audiovisuales de acontecimientos deportivos plantea dos problemas fundamentales relacionados con la competencia, a saber, la venta conjunta de derechos audiovisuales y la exclusividad territorial.

La Comisión Europea ha dictaminado reiteradamente que la venta conjunta constituye una restricción horizontal de la competencia y contraviene el artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, los acuerdos de venta conjunta pueden acogerse a la excepción prevista en el artículo 101, párrafo 3, ya

que, de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 2003/778/CE, de 23 de julio de 2003, tales acuerdos pueden: a) Mejorar la producción y la distribución creando un producto de marca de calidad centrado en la liga y vendido a través de un único punto de venta; b) Aumentar la eficiencia, reducir el costo de las transacciones para los operadores audiovisuales y los clubes y responder a las demandas de los organismos de radiodifusión; c) Ofrecer ventajas de comercialización, como el desarrollo de la marca de la liga a través de productos y servicios uniformes centrados en ella; d) Permitir que los consumidores aprovechen los beneficios generados por un acuerdo.

De esas condiciones, la limitación más significativa a la autonomía contractual introducida por la Comisión Europea puede ser la prohibición del comprador único, que es un compromiso de varias ligas de fútbol en Europa, incluidas la Ligue 1 (Francia) , la Bundesliga (Alemania), la Serie A (Italia) y la Premier League (Inglaterra), a fin de garantizar que no sea posible adjudicar a un único licitador todos los derechos audiovisuales exclusivos de las emisiones en vivo de los torneos.

Con respecto a la exclusividad territorial, la Comisión Europea acepta las restricciones territoriales en el acceso al contenido, excepto cuando la exclusividad territorial es absoluta.

La protección territorial absoluta no sólo prohíbe a los licenciatarios la venta activa en los territorios de otros licenciatarios, sino también la venta pasiva, es decir, la que responde a demandas no solicitadas de clientes ubicados en otros países.

En las decisiones relativas a la Premier League, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que el sistema de contratos de licencia territorial exclusiva establecido por la Football Association Premier League, por el que se prohibía a los licenciatarios suministrar decodificadores que dieran acceso en el exterior del territorio cubierto por el contrato de licencia en cuestión a los objetos protegidos, constituía una restricción de la competencia prohibida por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Según el Tribunal de Justicia, la compartimentación de los mercados con el único objetivo de crear diferencias artificiales de precios entre los Estados miembros, y maximizar así los beneficios, era incompatible con el Tratado.

2-Reglas concernientes a la organización del deporte. Monopolio deportivo federativo.

Tradicionalmente las organizaciones deportivas han operado en un sistema de auto regulación ostentando una cierta libertad para determinar tanto su estructura como la organización de sus actividades. En cambio la comercialización del deporte ha contribuido a la erosión de esta autonomía y el derecho de la competencia a implicado que se apliquen ciertas restricciones en el sistema de autogobierno de los operadores deportivos, ya que si el deporte es especial por algo es por sus órganos de gobierno debido a que cada modalidad deportiva se encuentra integrada en su correspondiente federación deportiva, que ostentan el monopolio en su deporte. A lo que hay que añadirle las federaciones internacionales, que si bien son asociaciones constituidas al amparo de un país concreto, en Europa las más importantes se encuentran en Suiza, realizan una actividad supranacional.

Si hay una sentencia que vino a modificar esta situación e influyó de forma trascendental en lo relativo al monopolio que las federaciones deportivas tienen sobre sus competiciones y los deportistas que a ellas pertenecen es la conocida como Meca Medina[4]

Una sentencia que a priori puede resultar curiosa por el fondo, ya que éste no es un juicio basado en la libre circulación de trabajadores ni en ningún otro principio básico del sistema jurídico de la Unión Europea. Es un caso acerca de dos nadadores que dieron positivo en un control antidopaje y lo curioso del asunto es que los nadadores recurrieron la sanción con base en la normativa europea sobre competencia.

Básicamente los recurrentes entendían que el COI operaba como una empresa y que la actual normativa antidopaje suponía una limitación en relación con el artículo 81 CE, y sostenían «que la normativa antidopaje controvertida tiene también la finalidad de garantizar los intereses económicos propios del COI y que precisamente para preservar esta finalidad se adoptan normas excesivas, como las impugnadas en el presente asunto. Según ellos, éstas no pueden considerarse, por tanto, inherentes al buen funcionamiento de la competición y eludir las prohibiciones del artículo 81 CE.»

En definitiva, si bien el Tribunal manifiesta que «las sanciones son necesarias para garantizar el cumplimiento de la prohibición de dopaje», y que «el efecto de éstas en la libertad de acción de los atletas debe considerarse, en principio, inherente a las normas antidopaje.» concluyen que «procede admitir que el carácter represivo de la normativa antidopaje controvertida y la importancia de las sanciones aplicables en caso de violarla pueden producir efectos negativos en la competencia porque podrían conducir, en el caso de que las sanciones

[4] Sentencia de 18.7.2006 — Asunto C-519/04 P meca-medina

resultasen ser, finalmente, infundadas, a la exclusión injustificada del atleta de las competiciones, y, por lo tanto, a falsificar las condiciones de ejercicio de la actividad controvertida. De ello se deduce que, para eludir la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, las restricciones así impuestas por esta normativa deben limitarse a lo necesario para asegurar el buen funcionamiento de las competiciones deportivas».

Pero si el impacto de esta sentencia fue enorme en el deporte por entender que la normativa antidopaje tal y como estaba redactada podía suponer una restricción a la normativa sobre competencia de la Unión Europea, no fue la única que supuso un cambio en el sistema de autoorganización al que estaban acostumbradas las entidades deportivas.

Más recientemente la Dirección General de Competencia envió a la **Unión Internacional de Patinaje sobre Hielo** ("ISU")[5] un pliego de cargos en el que acusa a ésta de infringir el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al prever en sus normas de admisión duras sanciones para aquellos atletas que participen en eventos deportivos no autorizados por la propia ISU.

La Comisión considera que la Unión Internacional de Patinaje infringe el artículo 101 del TFUE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo[6] al adoptar y aplicar sus Normas de elegibilidad que restringen la posibilidad de los deportistas de participar en acontecimientos de patinaje de velocidad internacionales organizados por terceros y, de este modo, impiden el acceso al mercado para la organización y la explotación comercial de acontecimientos de patinaje de velocidad internacionales al privar a otros posibles organizadores de acontecimientos de patinaje de velocidad de los servicios necesarios que prestan por los deportistas.

Este caso supone un claro ejemplo del monopolio deportivo que ostentan las federaciones deportistas ya que la ISU es la única entidad reguladora del patinaje sobre hielo a nivel profesional, y está formada por las distintas federaciones nacionales, sin embargo en este contexto, la ISU es considerada una asociación de empresas y, por ello se encuentra sujeta al Derecho de la competencia ya que sus reglas afectan a los atletas por ejercer éstos una actividad económica.

---

5 Resumen de la Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40208 — normas de elegibilidad de la Unión Internacional de Patinaje) [notificada con el número C(2017) 8240] C/2017/8240

6 Acuerdo sobre el espacio económico europeo. Diario oficial de las Comunidades Europeas 3.1.94 Nº L 1/3

La Comisión Europea abrió el procedimiento en curso contra la ISU tras recibir la denuncia de dos patinadores velocistas holandeses en octubre de 2015, porque «según las normas de elegibilidad de 2016 (actualmente en vigor) un patinador de velocidad que participe en acontecimientos no autorizados está sujeto a sanciones que van desde una advertencia a la exclusión durante períodos que oscilan entre un mínimo sin especificar hasta un máximo de por vida. Hasta octubre de 2015, fecha en la que la ISU adoptó la Comunicación n. 1974 por la que se establece el procedimiento para que los organizadores independientes de acontecimientos de patinaje de velocidad obtengan la autorización del Consejo de la ISU, no se había implantado un procedimiento de autorización formal»

Resuelve la Comisión que «las Normas de elegibilidad no son ni indispensables ni proporcionadas. Hay medios menos restrictivos de lograr las eficiencias alegadas. Además de ello, las Normas eliminan la competencia por completo al crear una barrera de entrada insuperable para los terceros que deseen organizar y explotar comercialmente acontecimientos internacionales de patinaje de velocidad», exigiendo de esta forma a la ISU la modificación de las condiciones de eligibilidad.

3-Subvenciones. El control de las ayudas públicas

El TFUE, en la sección II de su capítulo dedicado a las normas de competencia, establece la incompatibilidad con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Es importante subrayar que el sistema de control comunitario tiene por objeto las ayudas que puedan falsear las condiciones de competencia en el mercado común y afectar a los intercambios comerciales de los Estados miembros.

En el sector del deporte los casos de ayudas de Estado suelen ser relativos a la financiación de infraestructura o de los propios clubes deportivos.

La Comunicación de la Comisión Europea sobre el «Desarrollo de la dimensión europea en el deporte» en relación a la aplicación de las normas europeas de ayudas de Estado[7], admitía que debido a que hasta ese momento se habían adoptado pocas decisiones

[7] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Desarrollo de la dimensión europea en el deporte.Bruselas, 18.1.2011

relativas a ayudas estatales en el caso del deporte las partes interesadas habían pedido reiteradamente que se clarificase la cuestión de la financiación de las infraestructuras y las organizaciones deportivas.

En cuanto al Reglamento general de exención por categorías, en lo que se refiere al deporte, únicamente contempla las condiciones de compatibilidad en relación con las ayudas a infraestructuras deportivas o recreativas multifuncionales.

En lo relativo al tipo de ayudas en el ámbito deportivo éstas suelen adoptar formas diversas, entre las que destacan la subvención directa[8], la reducción del tipo impositivo[9], los servicios subvencionados[10], aunque pueden existir medidas más complejas incluso de combinación de éstas como aplazamientos de intereses por préstamos concedidos previamente, subordinación de la deuda y el otorgamiento de garantías parciales por los referidos préstamos[11]

Si bien existen multitud de resoluciones en este ámbito sobretodo relativas a ayudas para estructuras deportivas a clubes o federaciones deportivas por todo el territorio Europeo, destacan tanto por lo mediático del fútbol como por ser equipos españoles los investigados el caso sobre el que la máxima autoridad de competencia comunitaria se pronunció en julio de 2016, entendiendo que algunos equipos del fútbol español habían recibido ayudas del Estado bajo el amparo de variadas modalidades de auxilio. Asuntos en los cuales están involucrados referentes del deporte en el ámbito global, como el Real Madrid Club de Fútbol —por partida doble— y el Fútbol Club Barcelona.[12]

O en el caso de los avales y las garantías que concedió la Comunidad Valenciana española, por medio del Instituto Valenciano de Finanzas, a los créditos otorgados por diversas entidades financieras a los clubes de fútbol de la región, Valencia, Hércules y Elche, por valor de 118 000 000 € en el que la CE resolvió al respecto, el 4 de julio de 2016, manifestando que en este caso se encontraban presentes todos los supuestos necesarios de configuración de una ayuda estatal, y que ella no respondía a ningún plan de reestructuración o mitigaba sus efectos adversos en el mercado comunitario, razón por la cual no resultaba compatible con este[13].

[8] Ayuda de estado n. SA.32615 (2011/N) – Italia Ammodernamento degli impianti di risalita a fune della Regione Marche

[9] Ayuda de Estado nº SA. 31722-Hungary-Sport infrastructure development scheme

[10] Ayuda de Estado nº SA 36105- Germany-Futballstadion chemnitz

[11] Ayuda de estado nºSA34890 (2012/C ex 2012) y SA. 31550 (2012/C)- Germany-Nürburgring.

[12] Casos en torno al fútbol (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/)

[13] DECISIÓN (UE) 2017/365 DE LA COMISIÓN de 4 de julio de 2016 relativa a la ayuda estatal SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2013/CP) concedida por España al Valencia Club de Fútbol Sociedad Anónima

Por tanto no podemos olvidar que las intervenciones públicas en favor de operadores del mercado que realizan actividades económicas en el ámbito del deporte también constituyen una ayuda estatal con arreglo a las normas de la UE (artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE), porque confieren una ventaja económica al beneficiario de la que no disfrutan sus competidores. Salvo cuando se desarrollan con arreglo a condiciones que serían aceptables para un operador privado que actúe en una economía de mercado.

IV.CONCLUSIONES

Históricamente la Unión Europea ha tratado el deporte desde una visión social y así lo ha ido reflejando en los tratados de Amsterdam 1997 y Niza 2000 dónde se manifestaba la importancia social del deporte pero sin que tuviera un reflejo normativo. Siendo en el Tratado de Lisboa, como ya hemos visto, en el que se contempla el deporte dentro de su articulado.

Pero más allá de esta visión social existe una económica y mercantil. Una parte que crece de forma exponencial, ya que el volumen de negocio alrededor del deporte es enorme. A esto debemos sumar la peculiar estructura deportiva formada por federaciones deportivas internacionales, federaciones nacionales, clubes y deportistas que históricamente han gozado de una autodeterminación y un autogobierno ajenos al tráfico empresarial común.

Por tanto está claro que estos agentes deportivos, al margen de su estructura y denominación, como parte de un mercado común en el que actúan activamente han de acostumbrarse y acomodarse a unas normas de juego que van más allá de las deportivas y que implica que sus actividades económicas les equiparen a una empresa.

Es por ello que en primer lugar habrán de estar vigilantes con sus actuaciones y reglamentaciones internas en todo lo que pueda influir en una práctica abusiva dentro del mercado.

Y por otro lado entiendo que la Unión Europea deberá llevar a cabo políticas activas orientadas a regular la actividad deportiva en todo lo que afecte a su vertiente económica con afectación en el mercado común en el que todos los actores han de tener una garantía de cumplimiento de la normativa europea sobre competencia.

Deportiva, al Hércules Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva y al Elche Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva

V.BIBLIOGRAFÍA

-Tratado de Roma 1957
-JESÚS ALFONSO SOTO PINEDA. Vías de aplicación del derecho de la competencia en la Unión Europea
-Sentencia de 18.7.2006 — Asunto C-519/04 P meca-medina
-Resumen de la Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 2017 relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40208 — normas de elegibilidad de la Unión Internacional de Patinaje) [notificada con el número C(2017) 8240] C/2017/8240
-Acuerdo sobre el espacio económico europeo. Diario oficial de las Comunidades Europeas 3.1.94 Nº L 1/3
-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Socil Europeo y al Comité de las Regiones. Desarrollo de la dimensión europea en el deporte.Bruselas, 18.1.2011
-Ayuda de estado n. SA.32615 (2011/N) – Italia Ammodernamento degli impianti di risalita a fune della Regione Marche
-Ayuda de Estado nº SA. 31722-Hungary-Sport infrastructure development scheme
-Ayuda de Estado nº SA 36105- Germany-Futballstadion chemnitz
-Ayuda de estado nºSA34890 (2012/C ex 2012) y SA. 31550 (2012/C)- Germany-Nürburgring.
-Casos en torno al fútbol (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/)
-DECISIÓN (UE) 2017/365 DE LA COMISIÓN de 4 de julio de 2016 relativa a la ayuda estatal SA.36387 (2013/C) (ex 2013/NN) (ex 2013/CP) concedida por España al Valencia Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva, al Hércules Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva y al Elche Club de Fútbol Sociedad Anónima Deportiva

O Programa de Arrendamento Acessível como instrumento de realização do direito fundamental à habitação em Portugal

Renata Gomes de Albuquerque Sá[1]

Sumário 1. Introdução. 2. O direito à habitação como direito fundamental. 2.1. Política de habitação da União Europeia. 2.2. Direito à habitação em Portugal. 3. O Programa de arrendamento acessível. 3.1. Regramento geral do programa. 3.2 O regime fiscal especial. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende tratar do Programa de Arrendamento Acessível, apresentado pelo governo de Portugal, no âmbito da Nova Geração de Políticas de Habitação. Sua criação se deu após a autorização constante na lei que trata do orçamento do país para 2018.

Trata-se de um instrumento legislativo que inaugura uma nova política de habitação, que visa aumentar o acesso da população a residências adequadas às suas necessidades, destinado a famílias de classe média. É um programa de adesão voluntária que promove uma oferta de habitação para arrendamento a preços reduzidos.

No primeiro capítulo explicaremos algumas noções do direito à habitação, explicando porque ele é entendido como um direito fundamental, verificando a sua proteção nos tratados e convenções internacionais e trazendo breves notas sobre a política de habitação no âmbito da União Europeia. Em seguida, trataremos especificamente do ordenamento jurídico português, mencionando a regulamentação legislativa desse direito, bem como a doutrina e a orientação da jurisprudência do Tribunal Constitucional do país.

No segundo capítulo, abordaremos especificamente o Programa de Arrendamento Acessível, mencionando suas principais características, requisitos de acesso de habitações e de candidatura de famílias, para, em seguida, tratar dos benefícios fiscais concedidos pelo governo de Portugal como um estímulo à adesão por parte dos proprietários de imóveis.

[1] Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra.

Outrossim, ressalta-se que a investigação foi baseada na metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, averiguando-se os textos normativos positivados, as orientações da doutrina e a jurisprudência dos tribunais nacionais, empregando-se primordialmente o raciocínio dedutivo.

2 O DIREITO À HABITAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

2.1 Política de Habitação da União Europeia

Inicialmente, insta salientar que o reconhecimento do direito à habitação digna é encontrado no primeiro item do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[2], de 1948, que é um dos principais instrumentos jurídicos do sistema universal de proteção dos direitos das pessoas (COSTA, 2015, p. 3).

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado no âmbito nas Nações Unidas em 1966, trata da matéria em seu art. 11[3], reconhecendo o direito de todos a um nível de vida adequado para si e sua família, o que inclui alimentação, vestuário e habitação adequados, além de uma contínua melhoria de suas condições de vida.

O tratado ora mencionado prevê, ainda, que os Estados signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efetividade de tais direitos, reconhecendo, para tanto, a importância essencial da cooperação internacional, baseada no livre consentimento.

Além desse, existem diversos tratados e convenções internacionais que reconhecem e protegem o direito à moradia: a Convenção sobre os Direitos das Crianças (art. 27[4]), a

---

[2] Artigo 25.º
1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

[3] Artigo 11.º
1 - Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efectividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento.

[4] Artigo 27
1 - Os Estados Partes reconhecem o direito de todas as crianças a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
2 - Cabe aos pais ou a outras pessoas responsáveis pela criança a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com as possibilidades e os recursos financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.
3 - De acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, os Estados Partes devem adotar as medidas apropriadas para ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito;

Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (art. 14[5]), a Convenção para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (art. 8[6]), a Carta Social Europeia, dentre outras.

A União, apesar de não ter competência para legislar sobre essa matéria, possui diversos programas nos quais é reconhecida a importância do direito à habitação. Contudo, ela não pode fazer investimentos diretos em habitação ou financiar projetos de construção de residências, por exemplo, ainda que a política seja formulada por um Estado-membro.

No entanto, à medida que as políticas de habitação estejam integradas mais estreitamente com outras estratégias, tais como a restauração dos centros urbanos e a revitalização de áreas abandonadas, elas se tornam mais compatíveis com os programas da União.

Aduz-se que as questões ligadas à habitação social, à falta de habitação e à integração desempenham um papel importante no âmbito da agenda em matéria de política social da União Europeia, nos termos do art. 34 da Carta dos Direitos Fundamentais[7].

e caso necessário, devem proporcionar assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.
4 - Os Estados Partes devem adotar todas as medidas adequadas para garantir que os pais ou outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança respondam por seu sustento, sejam eles residentes no Estado Parte ou no exterior. Em especial, quando a pessoa financeiramente responsável pela criança mora em outro país que não o país de residência da criança, o Estado Parte em questão deve promover a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como outras medidas apropriadas.

[5] Artigo 14.º
1 - Os Estados Partes têm em conta os problemas particulares das mulheres rurais e o papel importante que estas mulheres desempenham para a sobrevivência económica das suas famílias, nomeadamente pelo seu trabalho nos sectores não monetários da economia, e tomam todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação das disposições da presente Convenção às mulheres das zonas rurais.
2 - Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres nas zonas rurais, com o fim de assegurar, com base na igualdade dos homens e das mulheres, a sua participação no desenvolvimento rural e nas suas vantagens e, em particular, assegurando-lhes o direito: (...)
h) De beneficiar de condições de vida convenientes, nomeadamente no que diz respeito a alojamento, saneamento, fornecimento de electricidade e de água, transportes e comunicações.

[6] Artigo 8° Direito ao respeito pela vida privada e familiar
1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

[7] Artigo 34.º Segurança social e assistência social
1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.
2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União tem direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais.
3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a Uniã reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Isabel Guerra (2008, p. 47-48) afirma que, no contexto europeu, o objetivo básico da política de habitação é a disponibilização de uma habitação digna para cada família a preços compatíveis com os seus rendimentos.

Destarte, o Conselho Europeu de Nice, realizado em 2000, acordou sobre um conjunto de objetivos comuns para uma estratégia da União Europeia de combate à pobreza e à exclusão social, que incluía dois objetivos relacionados com a habitação, os quais sejam a implementação de políticas destinadas a garantir a todos condições de habitação dignas, assim como serviços mínimos essenciais e a prevenção de situações de crise passíveis de levar à exclusão social, ao endividamento, ao abandono escolar e à perda de habitação.

No ano de 2010, esta missão foi alargada com a criação da Plataforma Europeia contra a Pobreza e a Exclusão Social pela Comissão Europeia[8], que fixou um conjunto de ações para reduzir em pelo menos vinte milhões o número de pessoas em risco de pobreza ou exclusão social até o ano de 2020.

2.2 Direito à habitação em Portugal

Há de se mencionar que o art. 65 da Constituição Portuguesa[9] trata especificamente do direito à habitação e, por estar inscrito na primeira parte do texto constitucional, é entendido como um direito fundamental (CORREIA; MUNIZ, 2010. p. 139).

[8] COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Plataforma Europeia contra a Pobreza e a Exclusão Social: um quadro europeu para a coesão social e territorial. 2010. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0758&from=PT. Acesso em 22 mai. 2018.

[9] Artigo 65.º Habitação e urbanismo

1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.
2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:
a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social;
b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;
c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada;
d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.
3. O Estado adotará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.
4. O Estado, as regiões autónomas e as autarquias locais definem as regras de ocupação, uso e transformação dos solos urbanos, designadamente através de instrumentos de planeamento, no quadro das leis respeitantes ao ordenamento do território e ao urbanismo, e procedem às expropriações dos solos que se revelem necessárias à satisfação de fins de utilidade pública urbanística.
5. É garantida a participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional[10] do país já afirmou que tal preceito reconhece a todos os cidadãos o direito a uma morada decente, para si e para a sua família, que seja adequada a todos, preservando-se a sua intimidade e que permita-lhes viver em ambiente fisicamente são, bem como que sejam oferecidos os serviços básicos para a vida da família e da comunidade.

Ademais, nota-se que ele se relaciona com outros direitos fundamentais previstos no texto constitucional, bem como competências designadas ao Estado, possuindo uma dupla natureza. Isso porque, por um lado, ele reveste-se da forma de direito negativo ou de defesa, consistindo no direito de não ser arbitrariamente privado da habitação ou de não ser impedido de conseguir uma, e determinando um dever de abstenção do Estado e de terceiros.

No que tange a este aspecto, José Faria Costa (2015, p. 4) afirma que o direito humano a uma habitação condigna encontra sua raiz justificadora na própria natureza do ser, pois, para que homens e mulheres possam cumprir o projeto de liberdade que toda a pessoa transporta consigo, é imprescindível a realização de um certo círculo de bem-estar material.

De outro giro, o direito à habitação também se traduz num direito social, que exige determinadas prestações positivas do Estado, ou seja, dele se exigem medidas e prestações adequadas a realizar o objetivo do cidadão de obter uma habitação, as quais justificam e legitimam a pretensão do cidadão a determinadas prestações[11].

Miguel Nogueira de Brito e Ana Robin de Andrade (2014. p. 61-62) relembram as lições de Mark Tushnet (2014, p. 3), que ressalta a importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na perspectiva da concretização dos direitos sociais, e concluem que os processos judiciais envolvendo direitos sociais demandam não apenas pretensões contra o Estado, para que este confira efetividade a prestações sociais específicas, mas também pleitos contra outros atores.

Ainda quanto a este segundo aspecto do direito à habitação, impende registrar a orientação do Acórdão nº 131/1992 do Tribunal Constitucional[12] de que o direito à habitação se materializa no direito de se ter uma morada condigna e se trata de um direito fundamental de natureza social.

---

[10] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 130/92. Processo: n.º 104/90. 2ª Secção. Relator: Conselheiro Alves Correia. 1992. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920130.html. Acesso em 22 mai. 2018.

[11] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 101/92. Processo: n.º 223/90. 1ª Secção. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. 1992. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html. Acesso em 22 mai. 2018.

[12] PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão nº 131/92. Processo: n.º 122/90. 2ª Secção. Relator: Conselheiro Alves Correia. 1992. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920131.html. Acesso em 22 mai. 2018

Cumpre ainda mencionar a necessidade de se superar o paradigma tradicional do planejamento urbanístico em razão da vertente social da sustentabilidade, que traz um conjunto de novas preocupações tendentes a fomentar o desenvolvimento social e a evitar fenômenos de segregação espacial de uma comunidade diversificada, como destacado por Fernanda Paula Oliveira (2011, p. 110-111).

Portanto, o planejamento territorial passa a ser integrado a políticas sociais, culturais, de combate à pobreza, de apoio a setores mais vulneráveis da população, de segurança pública, de habitação, de oferta de serviços públicos, de transportes, de promoção de acessibilidade e mobilidade urbana (OLIVEIRA, 2011, p. 110-111).

3 O PROGRAMA DE ARRENDAMENTO ACESSÍVEL

3.1 Regramento geral do programa

O governo de Portugal apresentou, no ano de 2017, mediante autorização do Orçamento para o ano de 2018, um pacote legislativo de medidas de incentivo ao arrendamento e promoção da reabilitação urbana, com a missão de ampliar o acesso a uma habitação adequada.

Nesse sentido, o Programa de Arrendamento Acessível, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018, de 2 de maio, foi uma das soluções apresentadas, nos termos do art. 219 da proposta de lei de orçamento para 2018[13], que trouxe uma autorização legislativa para a criação de benefícios fiscais, para incentivar a adesão ao programa.

Nos termos da exposição de motivos que consta no projeto de lei, ele surge como resposta às novas necessidades habitacionais que se alargaram às populações de baixa e média renda. Trata-se de um programa de política de habitação, de adesão voluntária, que tem por objetivo a aumentar a oferta de habitação para arrendamento a preços reduzidos, de modo a

[13] Artigo 219.º
Autorização legislativa no âmbito do programa de arrendamento acessível
1 - Fica o Governo autorizado a criar um benefício fiscal que permita aos sujeitos passivos de IRS e de IRC, que adiram ao programa de arrendamento acessível, beneficiarem de isenção fiscal relativamente aos rendimentos prediais decorrentes do arrendamento de imóveis ou frações no âmbito do referido programa.
2 - O Governo fica, igualmente, autorizado a criar um benefício fiscal que permita aos sujeitos passivos de IRS e de IRC beneficiar de taxas liberatórias diferenciadas para os rendimentos prediais decorrentes de contrato de arrendamento habitacional de longa duração.
3 - A presente autorização legislativa caduca no prazo de 90 após a data de entrada em vigor da presente lei.

atender as necessidades habitacionais das famílias cujo nível de rendimento não lhes permite arrendar um local que seja adequado à suas necessidades.

Nesse diapasão, a Proposta de Lei nº 127/XII[14], em seu art. 1.º, concede ao Governo uma "autorização legislativa para aprovar um regime especial de tributação dos rendimentos prediais, resultantes de contratos de arrendamento ou subarrendamento habitacional enquadrados no Programa de Arrendamento Acessível".

O art. 2.º[15] da proposta de decreto-lei determina o âmbito de aplicação do programa e seu art. 3.º[16] estabelece como seus objetivos aumentar a acessibilidade à habitação por parte dos agregados familiares, aumentar a oferta de habitação para arrendamento a preços reduzidos, proporcionar uma reposta para as necessidades de mobilidade habitacional e contribuir para a igualdade de oportunidades no acesso à moradia, dentre outros.

Nos termos do artigo 5.º[17] do projeto de decreto-lei, será o Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana (IHRU) o responsável pela gestão da plataforma do arrendamento acessível, na qual estarão disponíveis as ofertas de habitação e os candidatos a essas habitações.

---

[14] PORTUGAL. Proposta de Lei 127/XIII. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5449334c56684a53556b755a47396a&fich=ppl127-XIII.doc&Inline=true. Acesso em: 22 mai. 2018.

[15] Artigo 2.º Âmbito

1 - O presente decreto-lei aplica-se a:

a) Contratos de arrendamento habitacional de prédios urbanos, partes de prédios urbanos, partes urbanas de prédios mistos e de frações autónomas de entidades públicas ou privadas;

b) Contratos de arrendamento, para subarrendamento habitacional no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível, de prédios urbanos, partes de prédios urbanos, partes urbanas de prédios mistos e a frações autónomas, cujo arrendatário seja o Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana, I. P. (IHRU, I. P.);

c) Contratos de subarrendamento habitacional de prédios urbanos, partes de prédios urbanos, partes urbanas de prédios mistos e a frações autónomas, cujo senhorio seja o IHRU, I. P.

2 - Aos contratos previstos na alínea b) do número anterior não se aplica o disposto nos artigos 10.º e 11.º do capítulo II nem os capítulos III e IV, sem prejuízo do disposto no n.º 5 do artigo 25.º e no artigo 27.º.

[16] Artigo 3.º Fins

O Programa de Arrendamento Acessível prossegue as seguintes finalidades:

a) Aumentar a acessibilidade à habitação por parte dos agregados familiares;

b) Aumentar a oferta de habitação para arrendamento a preços reduzidos;

c) Reforçar a segurança e a estabilidade no arrendamento habitacional;

d) Promover maior equilíbrio entre o setor do arrendamento e o da habitação própria;

e) Proporcionar respostas para as necessidades de mobilidade habitacional;

f) Melhorar o aproveitamento do parque edificado existente;

g) Contribuir para a igualdade de oportunidades no acesso à habitação.

[17] Artigo 5.º. Entidade gestora

1 - O Programa de Arrendamento Acessível é gerido pelo IHRU, I. P.

2 - A par das suas competências enquanto entidade gestora, o IHRU, I. P., pode atuar diretamente como prestador, ficando sujeito a todos os deveres e requisitos que lhe sejam aplicáveis nessa qualidade.

3 - Para o efeito previsto no número anterior, pode o IHRU, I. P., no âmbito das suas atribuições, dar de arrendamento alojamentos de que seja proprietário, atuar em representação do proprietário ou arrendar habitações para subarrendamento, não se aplicando o disposto no Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de agosto.

O Capítulo II da proposta de decreto lei traz em seu bojo os requisitos específicos dos alojamentos para que integrem o programa[18], os limites máximos de preço de renda aplicáveis[19], um geral, que será definido por portaria dos membros do Governo responsáveis pela área de finanças e da habitação, além de um específico, que corresponde a 80% (oitenta por cento) do preço de mercado de renda, levando-se em consideração alguns critérios especificados no diploma.

Nesse diapasão, o Instituto Nacional de Estatísticas de Portugal publicou, no início de 2018, o estudo "Estatísticas de Rendas da Habitação ao nível local"[20], no qual verificou o valor médio de renda dos municípios do país no ano de 2017, verificando que o valor

[18] CAPÍTULO II. Alojamentos
Artigo 6.º Requisitos específicos
Para além dos requisitos gerais relativos ao arrendamento de prédios urbanos, constituem requisitos específicos da disponibilização de um alojamento no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível:
a) O cumprimento das condições mínimas aplicáveis aos alojamentos em matéria de segurança, salubridade e conforto, a estabelecer em portaria a aprovar pelo membro do Governo responsável pela área da habitação;
b) A observância dos limites máximos de renda aplicáveis, nos termos do artigo 8.º.
Artigo 7.º Modalidades e finalidades da oferta de alojamento
1 - A oferta de um alojamento no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível pode processar-se nas modalidades de «habitação» ou de «parte de habitação» e, em qualquer dos casos, para as finalidades de «residência permanente» ou de «residência temporária de estudantes do ensino superior».
2 - A disponibilização de alojamento na finalidade de residência temporária de estudantes do ensino superior destina-se exclusivamente a estudantes inscritos num ciclo de estudos conferente de grau ou diploma de ensino superior.

[19] Artigo 8.º
Limites máximos de preço de renda aplicáveis ao alojamento
1 - O preço de renda mensal de um alojamento a disponibilizar no Programa de Arrendamento Acessível obedece necessariamente aos seguintes limites máximos:
a) O limite geral de preço de renda por tipologia, a definir por portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da habitação;
b) O limite específico de preço de renda por alojamento, a definir nos termos dos números seguintes.
2 - O limite específico de preço de renda aplicável a uma habitação corresponde a 80% do valor de referência do preço de renda dessa habitação, a calcular nos termos da portaria prevista na alínea a) do número anterior, tendo em consideração, designadamente, os seguintes fatores:
a) Área;
b) Qualidade do alojamento;
c)Certificação energética;
d) Localização;
e)Valor mediano das rendas por m2, divulgado pelo Instituto Nacional de Estatística, I.P. (INE, I. P.).
3 - O limite específico de preço de renda aplicável a uma parte de habitação corresponde a 80% do valor de referência do preço de renda dessa parte de habitação, a calcular nos termos da portaria prevista na alínea a) do n.º 1, tendo em consideração, designadamente, os seguintes fatores:
a) Valor de referência do preço de renda da habitação onde se insere o alojamento;
b) Área do quarto;
c)Qualidade do quarto.
4 - Os limites máximos de preço de renda aplicáveis ao alojamento nos termos do presente artigo não incluem as despesas ou encargos que sejam devidos nos termos do artigo 1078.º do Código Civil.

[20] PORTUGAL. INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. Estatísticas de Rendas da Habitação ao nível local. 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=314753314&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt. Acesso em 22 mai. 2018.

mediano das rendas de alojamentos familiares com novos contratos de arrendamento no país foi fixado em 4,39 €/m2 (quatro euros e trinta e nove cêntimos por metro quadrado).

Concluiu-se também que alguns municípios superaram aquele valor, os quais se situam majoritariamente na Área Metropolitana de Lisboa e no Algarve, sendo que o município de Lisboa apresentou o valor de renda mais elevado, de 9,62 €/m2 (nove euros e sessenta e dois cêntimos por metro quadrado)[21].

Destarte, o art. 9.º[22] da proposta de decreto-lei determina o prazo mínimo de 3 (três) anos para o contrato de arrendamento no âmbito do programa, renovável anualmente até 5 (cinco) anos, com a exceção do caso em que o alojamento tenha por objeto a residência temporária de estudantes do ensino superior, hipótese em que o tempo mínimo de contrato fica reduzido para 9 (nove) meses.

[21] Ibid.

[22] Artigo 9.º Prazos mínimos de arrendamento
1 - O arrendamento de alojamentos no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível tem prazo mínimo de 3 anos, renovável anualmente até aos 5 anos salvo oposição do arrendatário, sem prejuízo do disposto no número seguinte.
2 - Caso o alojamento tenha por finalidade a residência temporária de estudantes do ensino superior, o prazo de arrendamento pode ser inferior ao estabelecido no número anterior, tendo por mínimo 9 meses.
3 - Os prazos de subarrendamento são idênticos aos estabelecidos nos números anteriores, sem prejuízo das causas legais de caducidade do mesmo.

Os artigos 12.º[23], 13.º[24] e 14.º[25] trazem os requisitos à candidatura de indivíduos e famílias que desejem ter acesso ao programa, merecendo destaque o rendimento anual bruto da candidatura, que corresponde à soma dos rendimentos percebidos por cada um dos candidatos integrantes do núcleo familiar no ano civil anterior.

Outrossim, o art. 15.º[26] da proposta de Decreto-Lei estabelece que, o esforço que cada família terá com o pagamento da renda não poderá ser superior a 35% (trinta e cinco por cento) dos seus rendimentos, nem inferior a 10% (dez por cento).

---

[23] Artigo 12.º Requisitos gerais de acesso
1 - A cada candidatura corresponde um agregado habitacional, constituído por todos os titulares da candidatura e pelos dependentes nesta incluídos.
2 - Apenas são elegíveis para acesso ao Programa de Arrendamento Acessível agregados habitacionais cujo rendimento anual bruto (RAB), calculado nos termos do artigo seguinte, seja inferior aos limites estabelecidos em portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da habitação.
3 - Para efeitos de acesso a alojamento no âmbito do presente decreto-lei, cada pessoa apenas pode integrar um agregado habitacional.
4 - Pode integrar uma candidatura à atribuição de alojamento no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível qualquer pessoa que reúna os seguintes requisitos:
a) Possuir cidadania portuguesa, de Estado-Membro da União Europeia ou, no caso de cidadãos de outros países, possuir autorização de residência ou de permanência por período igual ou superior ao prazo mínimo do arrendamento a que se candidata, nos termos do artigo 9.º;
b) Não ser proprietária, usufrutuária ou superficiária de habitação situada nos concelhos de procura ou nos concelhos limítrofes, exceto se a mesma se encontrar arrendada no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível ou for objeto de procedimento de atribuição até ao momento de celebração do contrato de arrendamento visado com a candidatura, ou se a pessoa em questão for vítima de violência doméstica acolhida na rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica;
c)Não se encontrar em situação de impedimento nos termos do n.º 2 do artigo 31.º.

[24] Artigo 13.º Estudantes dependentes
1 - Um estudante inscrito num ciclo de estudos conferente de grau ou diploma de ensino superior, que não preencha os requisitos previstos na alínea d) do artigo 4.º e que integre um agregado habitacional candidato a alojamento em concelhos distintos e não limítrofes relativamente ao de residência do respetivo agregado familiar, pode adquirir a condição de titular da candidatura desde que o cumprimento das suas obrigações nesse âmbito seja assumido por terceiro que preencha os referidos requisitos.
2 - No caso previsto no número anterior, o terceiro assume contratualmente a obrigação de pagamento de uma quantia mensal fixa destinada ao pagamento de renda a favor do estudante a seu cargo e participa na assinatura do contrato como coarrendatário.

[25] Artigo 14.º Rendimento anual bruto da candidatura
1 - O RAB do agregado habitacional corresponde à soma dos rendimentos referidos no n.º 2 do artigo 3.º da Portaria n.º 311-D/2011, de 27 de dezembro, auferidos por cada um dos titulares da candidatura no ano civil anterior, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.
2 - O rendimento anual de qualquer titular da candidatura, para efeitos de determinação do RAB do agregado habitacional, pode ser apurado pela média mensal dos rendimentos brutos efetivamente auferidos por aquele titular desde que se verifica a situação existente à data da candidatura, multiplicada por 12, nos seguintes casos:
a) Ausência de declaração de IRS relativa ao ano civil anterior;
b) Ocorrência, após o primeiro semestre do ano civil anterior, de alguma modificação relevante na fonte de rendimento regular, designadamente, em virtude do início ou cessação de contrato de trabalho, da alteração da situação profissional ou da aquisição ou cessação de bolsa ou prestação social.
3 - Nos casos previstos no artigo anterior, o RAB do estudante resulta da multiplicação da quantia mensal fixa destinada ao pagamento de renda prevista no n.º 2 desse artigo, dividida por 0,35 e multiplicada por 12.

[26] Artigo 15.º Taxa de esforço
1 - A participação de cada candidatura em procedimentos de atribuição de alojamentos e a celebração de contratos de arrendamento ou subarrendamento com os seus titulares apenas podem ter lugar quando a renda do alojamento corresponda a uma taxa de esforço entre 10% e 35% do rendimento médio mensal (RMM) do agregado habitacional, determinado nos termos do número seguinte.

Em entrevista para a imprensa do país, o Ministro do Ambiente João Matos Fernandes afirmou que o pacote legislativo da Nova Geração de Políticas de Habitação dá os passos certos para garantir o acesso de todos a uma habitação adequada, bem como que as novas medidas constituem "um avanço na resolução das carências habitacionais mais graves, resultantes de problemas estruturais do mercado de habitação em Portugal". O governante afirmou ainda que a implementação da Nova Geração de Políticas de Habitação não poderá ser feita sem a adesão e o empenho de autarquias, proprietários, estruturas da administração e do terceiro setor.

3.2 O regime fiscal especial

Inicialmente, salienta-se que sobre o valor da renda dos imóveis arrendados incide a tributação a título de Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Singulares (IRS)[27], com a alíquota de 28% (vinte e oito por cento) sobre a renda, nos termos do artigo 72, item 7, do Código do IRS[28].

Destarte, quando o senhorio for uma pessoa coletiva, o Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas (IRC) será retido diretamente na fonte[29], com a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), como determina o art. 87.º, item 4, do Código do IRC[30].

Quanto aos benefícios fiscais oferecidos pelo programa, saliente-se que os rendimentos recebidos pelo arrendante, em razão de contrato de arrendamento ou

2 - O RMM corresponde a 1/12 do RAB do agregado habitacional, dividido pelo número total de elementos desse agregado.

[27] Artigo 8.º Rendimentos da categoria F (Redacção do DL 198/2001 , de 3 de Julho)

1 - Consideram-se rendimentos prediais as rendas dos prédios rústicos, urbanos e mistos pagas ou colocadas à disposição dos respectivos titulares.

[28] Artigo 72.º Taxas especiais (...)

7 - Os rendimentos prediais são tributados autonomamente à taxa de 28%. (Redacção dada pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro)

[29] Artigo 94.º Retenção na fonte

1 — O IRC é objecto de retenção na fonte relativamente aos seguintes rendimentos obtidos em território português: (...)

c) Rendimentos de aplicação de capitais não abrangidos nas alíneas anteriores e rendimentos prediais, tal como são definidos para efeitos de IRS, quando o seu devedor seja sujeito passivo de IRC ou quando os mesmos constituam encargo relativo à actividade empresarial ou profissional de sujeitos passivos de IRS que possuam ou devam possuir contabilidade;

[30] Artigo 87.º Taxas (...)

4 — Tratando-se de rendimentos de entidades que não tenham sede nem direcção efectiva em território português e aí não possuam estabelecimento estável ao qual os mesmos sejam imputáveis, a taxa do IRC é de 25%, excepto relativamente aos seguintes rendimentos:

subarrendamento habitacional enquadrados no programa, ficarão isentos de tributação do IRS e IRC[31].Nesse sentido, cumpre transcrever o artigo 27.º da proposta de Decreto-Lei:

> Artigo 27.º Regime fiscal
>
> 1 - São isentos de tributação em IRS e Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas (IRC) os rendimentos prediais obtidos por sujeitos passivos enquadrados no Programa de Arrendamento Acessível previsto no presente decreto-lei.
>
> 2 - As isenções de IRS e de IRC previstas no número anterior não são consideradas para efeitos do limite previsto no n.º 7 do artigo 78.º do Código do IRS e do n.º 1 do artigo 92.º do CIRC, respetivamente.
>
> 3 - Até ao final do mês de fevereiro de cada ano, o IHRU, I. P., comunica à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT) os contratos objeto de enquadramento no Programa de Arrendamento Acessível, bem como as situações em que tenha ocorrido a cessação do enquadramento prevista no n.º 4 do artigo 25.º, com indicação da data a partir da qual tiveram lugar.
>
> 4 - A cessação do enquadramento referida no número anterior implica a perda total dos benefícios fiscais concedidos desde a data de aprovação do mesmo, com a consequente obrigação de pagamento, nos termos da lei, das importâncias correspondentes às receitas fiscais não arrecadadas, acrescidas de juros compensatórios, nos termos da lei geral tributária.
>
> 5 - Na falta de pagamento, há lugar a procedimento executivo nos termos gerais.

A título de exemplo, imagine-se um imóvel situado em Lisboa, de 100 m2 (cem metros quadrados), cuja renda segue o valor de mercado, cerca de 962€ (novecentos e sessenta e dois euros). Numa situação regular, o senhorio teria que recolher, em valores absolutos, a título de IRS, o valor de 269€ (duzentos e sessenta e nove euros), ou de IRC, se fosse o caso, a quantia de 240,50€ (duzentos e quarenta euros e cinquenta cêntimos).

[31] Art. 2º, a, da Proposta de Lei 127/XXI

Caso estejam cumpridos os requisitos legais e o proprietário inscreva seu imóvel no Programa de Arrendamento Acessível, a renda seria reduzida para 769,60€ (setecentos e sessenta e nove euros e sessenta cêntimos), mas ele não pagaria qualquer imposto sobre esse valor, representando uma economia substancial. Se o arrendante da residência for uma pessoa coletiva, o ganho seria de 47,50€ (quarenta e sete euros e cinquenta cêntimos) e, em se tratando de uma pessoa natural, a diferença é ainda maior, perfazendo o total de 76,60€ (setenta e seis euros e sessenta cêntimos).

Ademais, será possibilitada uma redução do Imposto Municipal sobre Imóveis (IMI), podendo-se chegar, até mesmo, a isenção total do tributo referido, no caso de as autarquias assim o entenderem, nos termos da manifestação exarada pelo Conselho de Ministros na Resolução n.º 50-A/2018[32]. Note-se, portanto que, após a instituição do programa, as assembleias municipais poderão deliberar no sentido de reduzirem o IMI dos imóveis que integrem o programa de renda acessível para zero, o que se mostra como mais um incentivo para a adesão a este programa (RELVAS, 2018).

Num comunicado à imprensa (RELVAS, 2018), a Secretária de Estado da Habitação de Portugal, Ana Pinho, afirma que a expectativa do governo do país é que no ano de 2018, após a instituição do programa, cerca de 20% (vinte por cento) dos novos contratos celebrados estejam inseridos neste programa.

Outrossim, se esse percentual alcançado de fato, estima-se que o impacto orçamental desta medida no país, apenas no que deixará de ser arrecadado a título de tributos sobre os rendimentos prediais (IRS e IRC) será de cerca de 2,3 milhões de euros em receitas fiscais que serão perdidas em 2018 e de outros 11 milhões de euros previstos para 2019.

Registre-se, por oportuno, que nem todos os setores da sociedade estão satisfeitos com tais propostas. A título de exemplo, citamos uma entrevista dada pelo presidente da Associação Lisbonense de Proprietários, Menezes Leitão, na qual ele afirma que tais incentivos não são suficientes para que os proprietários diminuam percentual tão expressivo da renda (PINTO, 2018).

[32] Com efeito, os municípios têm a capacidade demonstrada de desempenhar um papel importante na promoção da acessibilidade à habitação nos seus territórios, pelo que podem e devem beneficiar dos programas do Estado nesse domínio, bem como complementá-los. Esta articulação pode permitir e viabilizar descidas adicionais dos preços das rendas face ao máximo definido no âmbito do Programa de Arrendamento Acessível, bem como aumentar a dimensão e oferta dos programas municipais.
A título ilustrativo, algumas das medidas que os municípios podem promover neste domínio são: Redução significativa ou eliminação da componente de custo do terreno/edifício; Redução ou isenção de impostos e taxas municipais para imóveis destinados ao arrendamento acessível; Promoção direta de habitações para arrendamento acessível; Utilização dos dispositivos legais disponíveis para compelir à reabilitação de imóveis habitacionais devolutos. (PORTUGAL, 2018)

No mesmo sentido, o Presidente da Associação dos Inquilinos Lisbonenses, Romão Lavradinho, afirma que o programa em questão não resolve o problema da habitação de forma isolada, sendo também necessária a revogação da "Lei Cristas" que reformou a antiga lei de arrendamento e passou a ser utilizada pelos proprietários para acelerar os despejos (PINTO, 2018).

Por fim, impende salientar que essa proposta do Governo está em discussão na Assembleia da República de Portugal, tendo sido admitida em 02 de maio de 2018, com o prazo até o final do mês de junho de 2018 para debates e posterior prosseguimento, para publicação e entrada em vigor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, estudamos que o direito à habitação constitui um direito fundamental, cuja proteção está prevista em diversos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Observamos que ele também é uma preocupação da União Europeia, que possui diversas estratégias no sentido de combate à pobreza e à exclusão social, o que envolve objetivos relacionados com a habitação, além de implementar políticas destinadas a garantir a todos os cidadãos condições de habitação dignas, serviços mínimos essenciais, etc.

Em seguida, verificamos que o direito à habitação é previsto pela Constituição Portuguesa e entendido pelo Tribunal Constitucional como direito fundamental a ser tutelado. Destarte, a doutrina do país afirma sua dupla natureza, haja vista que ele se reveste da forma de direito negativo ou direito de defesa, isto é, no direito de não ser arbitrariamente privado da habitação ou de não ser impedido de conseguir uma, além de impor um dever de abstenção do Estado e de terceiros.

Ademais, constatamos que a partir de 2017, Portugal começou a desenvolver novas diretrizes nessa área, notadamente com a Nova Geração de Políticas de Habitação e com a apresentação, no fim daquele ano, do Programa de Arrendamento Acessível, nos termos da autorização do Orçamento para o ano de 2018.

Este programa é um dos instrumentos utilizados pelo governo português para aumentar a oferta de imóveis a preços acessíveis para serem arrendados a famílias, bem como ampliar a acessibilidade da população do país em termos de habitação. Salientamos que ele não se destina às camadas mais pobres da sociedade; na verdade, ele é direcionado às famílias

de classe média que, por diversas razões econômicas e sociais, não possuem os rendimentos necessários para residir num imóvel adequado às suas necessidades.

A proposta do programa é, de um lado, reduzir cerca de 20% (vinte por cento) do valor da renda dos imóveis a serem arrendados, para atrair as famílias e, de outro lado, oferecer benefícios fiscais para promover a adesão dos proprietários de imóveis que se enquadrem nos requisitos previstos na legislação.

Nesse sentido, a proposta de decreto lei que regulará o programa previu a isenção de IRS ou IRC, conforme o caso, nas rendas recebidas pelo senhorio, além de possibilitar que os governos dos municípios ofereçam uma isenção do IMI sobre os imóveis destinados a esse programa, de metade da quantia a ser paga a título deste imposto, podendo ir até 100 % (cem por cento) do valor devido.

Registramos, por oportuno, que o programa está em discussão no Parlamento de Portugal e espera-se que ele seja aprovado antes do final do mês de junho de 2018. Outrossim, a expectativa do governo do país é que pelo menos um quinto dos contratos de arrendamentos firmados até o final de 2018 e 2019 seja enquadrado dentro desse programa, o que, mesmo implicando numa perda de milhões de euros em receitas fiscais.

5. BIBLIOGRAFIA

BRITO, Miguel Nogueira de; ANDRADE, Ana Clara Robin de. A tutela constitucional da posição do inquilino: entre o direito constitucional de propriedade e o direito à habitação. **Cadernos de Justiça Administrativa.** n. 108, nov-dez/2014. Braga: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada.** vol. 1, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões. Plataforma Europeia contra a Pobreza e a Exclusão Social: um quadro europeu para a coesão social e territorial. 2010. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0758&from=PT. Acesso em 22 mai. 2018.

COSTA, José de Faria. O direito a uma habitação condigna: desafios do presente, horizontes do futuro. **Conferência proferida no III Congreso Internacional del PRADPI - FIO - PROFIO: *Ombuds-man y colectivos en situación de vulnerabilidad***, no dia 2 de outubro de 2015, na Faculdade de Direito de Alcalá, em Madrid. Disponível em: http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/2_de_outubro_2015_Conferencia_FIO.pdf. Acesso em 22 mai. 2018.

CORREIA, Fernando Alves; MUNIZ, Ana Raquel Gonçalves. Consideraciones sobre la Promoción del Derecho a la Vivienda en Portugal. RAMÓN, Fernando López (coord.). **Construyendo el Derecho a la Vivienda**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GUERRA, Isabel. Europa e Políticas Habitacionais. Mudanças em curso. Cidades - Comunidades e Territórios. Dez. 2008, n.º 17.p. 47-48. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/3386/1/Cidades2008-17_Guerra.pdf. Acesso em 22 mai. 2018

LUSA. **Governo insta proprietários a aderirem ao Programa de Arrendamento Acessível.** 2018. Disponível em: https://www.dinheirovivo.pt/economia/governo-insta-proprietarios-a-aderirem-ao-programa-de-arrendamento-acessivel/. Acesso em 22 mai. 2018

NABAIS, José Casalta. **Direito Fiscal.** 10 ed. Almedina: Coimbra, 2017.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Novas tendências do direito do urbanismo.** Coimbra: Almedina, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf. Acesso em 22 mai. 2018.

PINTO, Sonia Peres. **Arrendamento: propostas debatidas até junho.** 2018. Disponível em: https://ionline.sapo.pt/610882. Acesso em 22 mai. 2018.

PORTUGAL. **Para uma Nova Geração de Políticas de Habitação. Sentido estratégico, objetivos e instrumentos de atuação.** Outubro/2017. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=95621259-fdd4-4099-82f3-2ff17c522882. Acesso em 22 mai. 2018.

_____. **Proposta de Lei 100/XIII, que aprova o Orçamento do Estado para 2018**. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334277624445774d43315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=ppl100-XIII.doc&Inline=true. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. **Proposta de Lei 127/XIII**. Disponível em: http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c32467959584277 4f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634842734d5449334c56684a53556b755a47396a&fich=ppl127-XIII.doc&Inline=true. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA. **Estatísticas de Rendas da Habitação ao nível local.** 2018. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=314753314&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt. Acesso em 22 mai. 2018.

_____. Presidência do Conselho de Ministros. **Resolução do Conselho de Ministros n.º 50-A/2018.** Diário da República, 1.ª série — N.º 84 — 2 de maio de 2018. Disponível em: http://data.dre.pt/eli/resolconsmin/50-a/2018/05/02/p/dre/pt/html. Acesso em 22 mai. 2018

_____. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. **Acórdão nº 101/92.** Processo: n.º 223/90. 1ª Secção. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. 1992. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html. Acesso em 22 mai. 2018.

_____. _____. Acórdão nº 130/92. **Processo: n.º 104/90.** 2ª Secção. Relator: Conselheiro Alves Correia. 1992. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920130.html. Acesso em 22 mai. 2018.

_____. _____. Acórdão nº 131/92. **Processo: n.º 122/90.** 2ª Secção. Relator: Conselheiro Alves Correia. 1992. Disponível em:

http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920131.html. Acesso em 22 mai. 2018.

RELVAS, Rafaela Burd. **Renda acessível não poderá ultrapassar 35% do rendimento dos inquilinos.** 2018. Disponível em: https://eco.pt/2018/04/23/renda-acessivel-nao-podera-ultrapassar-35-do-rendimento-dos-inquilinos/. Acesso em 22 mai. 2018.

_____; MOREIRA, Ana Raquel. **Governo quer um em cada cinco novos contratos com renda acessível.** 2017. Disponível em: https://eco.pt/entrevista/governo-quer-um-em-cada-cinco-novos-contratos-com-renda-acessivel/. Acesso em 22 mai. 2018.

TUSHNET, Mark. **Social and Economic Rights: Historical Origins and Contemporary Issues.** e-Pública [online]. 2014, vol.1, n.3. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v1n3/v1n3a02.pdf. Acesso em 22 mai. 2018.

Consecuencias del acaparamiento masivo de tierras en los derechos humanos al agua y a los alimentos

Silvia Vilar González[1]

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- El derecho humano al agua y a los alimentos. 3.- El acaparamiento de tierras o "Land Grabbing". 4.- La figura del acaparamiento verde o "Green Grabbing". 5.- Consecuencias del acaparamiento de tierras en el sector alimentario. 6.- Conclusiones. 7.- Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN

Durante las próximas décadas se espera que se superen en el mundo los 10.000 millones de habitantes, cifra que viene asociada al exponencial incremento de la población mundial. Pero no es necesario aguardar a dicho momento para saber con certeza que, a día de hoy, el problema del hambre es extremadamente grave y que millones de personas carecen de un acceso seguro al agua dulce.

Estos derechos de acceso al agua potable y a los alimentos, tienen la consideración de derechos humanos fundamentales, ya son absolutamente imprescindibles para el mantenimiento de la vida de cualquier ser humano.

El problema de la cada vez mayor escasez de agua y de alimentos, necesarios para poder abastecer a la totalidad de la población mundial, puede deberse, en parte, a que los recursos de nuestro planeta son limitados, se hallan mal distribuidos y se está abusando de los niveles de consumo adecuados, produciéndose un uso ineficiente de los mismos.

Pero también existen muchos otros factores que influyen notablemente en la disponibilidad del agua y de los alimentos, como la práctica de la agricultura intensiva o el sobrepastoreo, la expansión urbanística incontrolada, la construcción de infraestructuras, los incendios forestales -provocados o no-, o las variaciones en las precipitaciones o el incremento de la temperatura asociados con el cambio climático, entre otros.

El acaparamiento masivo de tierras que se está llevando a cabo por parte de distintos actores a nivel internacional, como veremos, también supone un impacto directo en el ámbito de la producción de alimentos y en el acceso al agua.

[1] Doctora internacional en derecho por la Universidad Jaume I Castellón de la Plana (España)

En el presente artículo, tras abordar el contenido de los mencionados derechos humanos fundamentales que nos ocupan, expondremos en qué consiste la práctica conocida como acaparamiento de tierras o "Land Grabbing", así como su más reciente vertiente a la que se conoce como "Green Grabbing", esta última asociada, *a priori*, con prácticas beneficiosas con el medioambiente, aunque también puede encubrir la apropiación de tierras a través de argumentos ambientalistas con efectos sumamente cuestionables.

Continuaremos profundizando en las consecuencias, tanto positivas como negativas, que se derivan del acaparamiento de tierras, ya sea con fines lucrativos como ecologistas, mencionando algunos casos que se han llevado a cabo en este contexto, así como la postura que la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha adoptado en torno a este asunto, para terminar con las conclusiones alcanzadas.

2.- EL DERECHO HUMANO AL AGUA Y A LOS ALIMENTOS

El artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a gozar de "un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios", entre otros.

También los artículos 11.1 y 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1948, reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado -incluida la alimentación- y "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"[2], respectivamente, derechos que se consideran básicos para desplegar unas condiciones de vida digna, tanto para el propio individuo, como para la comunidad en la que reside[3]. Y muchos otros textos internacionales mencionan, asimismo, el derecho a gozar de niveles adecuados de salud, acceso al agua salubre y a los alimentos, especialmente aquellos dirigidos a colectivos más vulnerables, como la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (art. 24.2), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (art. 11.1 y 14.2) o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del año 2006 (art. 25 y art. 28.2).

La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 64/292, de 28 de julio de 2010, reconoció formalmente el derecho al agua potable limpia y al saneamiento como imprescindibles para la realización de todos los restantes derechos humanos.

[2] Art. 12.1 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[3] DE LUIS ROMERO, E. et al., "Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida", *Documentación Social*, núm. 170, 2013, p. 220.

Se trata, por tanto, de derechos humanos esenciales, inherentes al derecho a la salud y al bienestar reconocidos en el referido artículo, los cuales constituyen, además, elementos fundamentales para el desarrollo socioeconómico, la energía, la producción de alimentos, así como para la supervivencia misma de los seres humanos.

Sin embargo, según información proporcionada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2018, 884 millones de personas siguen careciendo de un acceso seguro al gua potable y unos 361.000 niños menores de cinco años mueren cada año como consecuencia de enfermedades asociadas a la insalubridad del agua o a un saneamiento insuficiente, lo que podría prevenirse si se abordaran los factores de riesgo[4].

Por lo que respecta a la desnutrición y a la carencia de alimentos, de los últimos datos proporcionados por la mencionada Organización Mundial de la Salud correspondientes al año 2017, se desprende que "el número de personas subalimentadas aumentó hasta los 821 millones: alrededor de una de cada nueve personas en el mundo" [5] y que "casi 151 millones de niños menores de cinco años de todo el mundo, o más del 22%, estaban afectados por retraso del crecimiento"[6], cifras que continúan en aumento y que se corresponden, en su mayoría, a zonas de América del Sur y la mayoría de regiones de África.

Existen tres problemas medio-ambientales, íntimamente relacionados, en los que tiene mucho que ver la acción inconsciente o irresponsable del hombre y que se reconocen como importantes causas que limitan gravemente el acceso al agua potable: a) el cambio climático; b) la pérdida de la biodiversidad biológica; y c) la desertificación.

Estos graves problemas, de índole global, afectan directamente a las oportunidades de desarrollo y el bienestar de las poblaciones, requieren de la implicación de toda la comunidad internacional para su resolución.

La contaminación, el incremento de emisiones de gases de efecto invernadero asociados a la industria, el uso intensivo de combustibles fósiles -como el petróleo o el carbón-, la sobreexplotación de la agricultura, la ganadería y la pesca, la expansión urbanística incontrolada o los incendios provocados, entre otras actividades humanas, continúan degradando el medio ambiente global y como consecuencia, deteriorando la calidad de vida de millones de personas a las que el entorno ya no es capaz de proporcionar los medios básicos para subsistir, como son los alimentos, el agua o las medicinas, entre otros.

---

[4] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Agua,* 2018. Disponible en: "http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water". Última consulta: 03/11/2018.

[5] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2018*, Roma, 2018, p. xii.

[6] Ibid.

Pero no solo esto. El crecimiento exponencial de la población mundial, cuyo estilo de vida invita poco al consumo racional de agua y alimentos, también reduce las reservas disponibles de este elemento[7].

En este contexto, las empresas y el sector privado son actores importantes que pueden contribuir positivamente al disfrute de los derechos humanos, pero también a menoscabarlos mediante la sobreexplotación, contaminación o apropiación indebida de recursos hídricos y de los alimentos que las comunidades necesiten para su consumo propio, especialmente, los grupos más vulnerables y/o marginados.

El negocio de la alimentación tiene un futuro asegurado ya que, en esta vida, podremos prescindir de cualquier bien material que nos rodee, "sin embargo, llenar el estómago siempre será una obligación"[8].

El agua dulce es, además, un bien global insustituible, un recurso fundamental para la humanidad que juega un papel transversal en todas las actividades económicas, sociales y ambientales, suponiendo "un factor propicio o limitante para cualquier desarrollo social y tecnológico, además de una posible fuente de bienestar o miseria, cooperación o conflicto"[9].

3.- EL ACAPARAMIENTO DE TIERRAS O "LAND GRABBING"

El acaparamiento de tierras moderno o "Land Grabbing" supone la acumulación del control de grandes extensiones de terreno, incluidos los recursos naturales que se encuentran en las mismas, "a través de diferentes mecanismos y formas que incluyen capital a gran escala que, a menudo, reemplaza la preferencia del uso de los recursos en operaciones extractivas, ya sea para fines internacionales o nacionales, como respuesta del capital a la convergencia de los alimentos, crisis energéticas y financieras, exigencias para la reducción del cambio climático y demanda de recursos para centros de capital global más recientes"[10].

Supone la compra, usurpación o control de las tierras a través de diferentes mecanismos, que para los inversores "prometen convertirse en fuentes muy rentables, como

[7] A lo largo del último siglo, el uso y consumo de agua en todo el planeta, creció a un ritmo dos veces superior al de la tasa de crecimiento de la población mundial, problema que tiene mucho que ver con el uso ineficiente de los recursos hídricos.

[8] BOIX BORNAY, V., "La FAO y el acaparamiento de tierras", *Crisis Agroalimentaria*, UPV, Valencia. Disponible en: "https://web.ua.es/es/giecryal/documentos/fao-y-acaparamiento.pdf". Última consulta: 03/11/2018.

[9] UNESCO, "El agua dulce". Disponible en: "http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/Water". Última consulta: 03/11/2018.

[10] En referencia a la definición proporcionada por ISS/FIAN. EUROPEAN COORDINATION VIA CAMPESINA, "¿Cómo definimos acaparamiento de tierras?". Disponible en: "https://www.eurovia.org/wp-content/uploads/2016/11/como-definimos-el-acaparamiento-de-tierras.pdf". Última consulta: 03/11/2018.

lo muestran las expectativas en torno al crecimiento demográfico y económico, la crisis energética y la consecuente escasez de cuerpos naturales para sustentar el modelo civilizatorio suicida en el que nos hallamos inmersos"[11], pero para los campesinos, personas y comunidades que residen y viven de los territorios arrebatados, significa "el despojo del agua, el bosque, el suelo, la tierra, la comida y los animales"[12].

El término "Land Grabbing" se refiere a procesos que se han podido observar, principalmente, a lo largo del siglo XXI. No obstante, dicho fenómeno consistente en la apropiación masiva de tierras y naturaleza no es nuevo, sino que, intrínsecamente forma parte del capitalismo y del colonialismo, pero involucrando nuevos actores y discursos comparado con el proceso de apropiación de tierras llevado a cabo durante los siglos XVIII y XIX[13].

El acaparamiento de tierras volvió a reaparecer en el contexto internacional ante el alza global del precio de los alimentos entre los años 2007 y 2008, cuando países como Arabia Saudí y Corea del Sur, comenzaron a adquirir vastas extensiones de terreno de países en desarrollo, como Madagascar o Etiopía, con la finalidad de cultivar alimentos destinados a sus poblaciones ante el temor de la escasez[14]. Sin embargo, esta práctica ha ido derivando hacia una búsqueda de la acumulación del control de las riquezas vinculadas a las tierras, hacia el "acopio de poder para controlar la tierra y otros recursos asociados, como el agua, los minerales o los bosques con el fin de dominar los beneficios de su utilización"[15].

Debe contemplarse esta práctica dentro del contexto del poder del capital nacional y transnacional y de su deseo de obtener beneficios, ignorando cualquier medio, uso o sistema de gestión de la tierra que exista o se halle enraizado en las comunidades locales, constituyendo un símbolo del cambio que se está produciendo en el significado y uso de la tierra y sus recursos asociados, pasando de agriculturas familiares, que producen a pequeña escala para autoconsumo y para los mercados locales, hacia otros usos a grandes escalas, depredadores de recursos, e intensivos en capital, como, entre otras, las industrias de

[11] GIRALDO, O.F., "Agroextractivismo y acaparamiento de tierras en América Latina: una lectura desde la ecología política", *Revista mexicana de sociología*, 77(4), 2015, p. 2.

[12] OJEDA, D., "Los paisajes del despojo: propuestas para un análisis desde las reconfiguraciones socioespaciales", *Revista Colombiana de Antropología*, 52(29), 2016, p. 38.

[13] TITTOR, A., "Acaparamiento verde", *InterAmerican Wiki: Terms-Concepts-Critical Perspectives*. Disponible en: "www.uni-bielefeld.de/cias/wiki/g_Green_Grabbing.html". Última consulta: 02/11/2018.

[14] FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global de tierras. Guía básica", *Programa de Justicia Agraria de TNI*, 2ª edición, 2013. Disponible en: "https://www.tni.org/es/publicacion/el-acaparamiento-global-de-tierras". Última consulta: 02/11/2018.

[15] MCCARTHY, J.F. et al., "Trajectories of land acquisition and enclosure: development schemes, virtual land grabs, and green acquisitions in Indonesia's Outer Islands", *Journal of Peasant Studies*, 39(2), 2012, p.523.

monocultivos, la extracción de recursos naturales o las grandes infraestructuras dirigidas a generación de electricidad[16].

Los datos relativos a las cifras de tierra que se está arrebatando no son unánimes ni de fácil acceso, ya que muchos de los acuerdos que las tienen por objeto, tienen lugar en secreto y los medios no informan sobre ellos, pero, aunque lo hicieran, seguiría siendo igualmente imposible, por determinadas razones, determinar las cifras exactas[17]. Sin embargo, según un informe emitido por Oxfam Internacional en el año 2011, ya se hablaba de 227 millones de hectáreas de los países en desarrollo vendidas o arrendadas, en su mayoría, a inversores internacionales, en tan solo 10 años[18].

Dicho fenómeno ha adquirido, además, un alcance global, afectando a zonas más allá de África -que sigue siendo zona caliente-, América del Sur y Centroamérica, habiendo llegado al continente asiático, así como a muchos lugares del norte, especialmente, territorios de la antigua Eurasia soviética"[19], registrando variaciones en los distintos contextos agroecológicos y regímenes de propiedad y de derechos sobre las tierras, llevándose a cabo flagrantes procesos de reasignación de tierras, tanto privadas como públicas, apoyadas en condiciones político-legales diversas, algunas ilegales, otras calificables como legales y otras entre ambas, sin importar si alguna disposición legal reconocen derechos o acuerdos previos[20].

Así sucede, por ejemplo, en países africanos, donde el uso de medios perfectamente legales de desposesión o reasignación de tierras, "implica una pérdida significativa de acceso para los pobres del entorno rural y no su desplazamiento físico en la práctica"[21]. Como en el caso de la multinacional Ebro Foods en Marruecos que, gracias al marco legal e institucional marroquí, pudo desarrollar sus actividades relacionadas con el cultivo de arroz en dicho país, afectando a la población que residía en sus inmediaciones, lo que provocó protestas y alzamientos que fueron sofocados mediante un despliegue militar y el uso de la fuerza[22].

---

16 WHITE, B. et al., "The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals", *Journal of Peasant Studies,* 39(3-4), 2012, p. 629.

17 FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global…", cit.

18 Datos relativos al periodo comprendido entre 2001 y 2011, según el informe de: OXFAM INTERNACIONAL, *Tierra y poder. El creciente escándalo en torno a una nueva oleada de inversiones en tierras*, Oxfam Internacional, Oxford, 2011, p. 2.

19 FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global…", cit.

20 Ibid.

21 WILY, L.A., "Looking back to see forward: the legal niceties of land theft in land rushes", *Journal of Peasant Studies,* 39(3-4), 2012, p.752.

22 CLAVO, E., "No hay arroz para todos", *El Mundo*, 2012. Disponible en: "http://www.elmundo.es/elmundo/2012(06/23/internacional/1340453891.html". Última consulta: 03/11/2018.

Consecuencias del acaparamiento masivo de tierras en los derechos humanos al agua y a los alimentos

Esta grave situación conlleva innumerables abusos en los derechos humanos, habiéndose reportado violentas expulsiones de pueblos sin llevarse a cabo su derecho a una consulta previa, "encarcelamientos, procesos judiciales contra campesinos, precariedad laboral en los nuevos proyectos agrícolas, acaparamiento de otros recursos naturales como el agua, deforestación de bosques, alteración de cauces en ríos, etc."[23].

4.- LA FIGURA DEL ACAPARAMIENTO VERDE O "GREEN GRABBING"

Frente al fenómeno del "Land Grabbing", el acaparamiento verde o "Green Grabbing"[24] es empleado para "describir la apropiación privada de tierras, recursos y agua a gran escala, legitimada por la protección del medio ambiente o financiada por mecanismos relacionados a la mitigación del cambio climático"[25].

El adjetivo "verde" señala que dichas apropiaciones se apoyan en argumentos de carácter ambientalista que legitiman dicha actividad, como pueden ser: la conservación de la biodiversidad, la protección de los bosques o el secuestro de biocarbono, entre otros.

Su práctica suele llevarse a cabo por ciudadanos ricos del norte global que se dedican a adquirir miles de hectáreas de países del sur global, "con el propósito de protegerlos de la destrucción y de prevenir la aceleración del cambio climático"[26]. Así, algunas personas, como el empresario sueco John Eliasch, el cofundador de la CNN Ted Turner, la actriz Sharon Stone o el financiero George Soros, se han dedicado a comprado diversas superficies del bosque tropical de la Amazonia o de la Patagonia, ubicada entre el sur de Chile y Argentina, entre otros lugares. No obstante, las compras efectuadas por dichas personas se han criticado igualmente por los impactos que producen en las comunidades que residían en ellas, en el caso de Argentina, por haber captado el control sobre los suministros de agua, empujado a agricultores a abandonar sus actividades o haber contribuido al aumento de precios de la tierra, o en el caso de Eliasch en la Amazonia brasileña, tildándole de eco-colonizador[27].

Pero el acaparamiento verde no solo se lleva a cabo en los países del hemisferio sur, ya que en América del Norte la organización Wildlands Network, mediante la adquisición de millones de hectáreas de todo el territorio norteamericano, pretende tratar de proteger las

[23] BOIX BORNAY, V., "La FAO y…", cit.
[24] Término empleado, probablemente, por primera vez por el periodista John Vidal en referencia a la apropiación de tierras y recursos con fines ambientales. VIDAL, J., "The great green land grab". *The Guardian*, 2008. Disponible en: "https://www.theguardian.com/environment/2008/feb/13/conservation". Última consulta: 03/11/2018.
[25] TITTOR, A., "Acaparamiento…", cit.
[26] Ibid.
[27] VIDAL, J., "The great green…", cit.

principales reservas naturales, reconectarlas mediante vastos corredores de hábitat y restaurar a los depredadores salvajes, para con ello "sanar las heridas ecológicas de la tierra"[28], práctica que no reviste las mismas críticas que las llevadas a cabo en los países más vulnerables.

Llevar a cabo estas actividades, por nuevos actores, en nombre de la preservación del medio ambiente y de la ecología no es suficiente para considerar a estas prácticas como beneficiosas, sino que es necesario concretar el impacto que suponen en los territorios en los que se llevan a cabo, ya que podrá no ser tan positivo como, *a priori*, pudiera parecerlo.

Además, es necesario también diferenciar entre aquellas actividades que realmente buscan fines e impactos ecológicos favorables a la ecología y el medio ambiente, de aquellas otras que simplemente pretenden encubrir políticas de destrucción del medio ambiente a través de "lavados verdes"[29] o estrategias legales que, aparentemente, "legalizan" los despojos[30].

En dicho sentido, el "Green Grabbing", con escasas excepciones, tanto si responde al establecimiento de parques nacionales, como si la expropiación se deriva de políticas globales de mitigación al cambio climático, como si de apoya en el ecoturismo[31], suele conllevar desplazamientos de los grupos socialmente vulnerables y en desventaja histórica, así como el crecimiento de conflictos sociales en estas zonas, por lo que se está llevando a cabo resistencia por parte de las poblaciones autóctonas a estas prácticas.

Son numerosos los ejemplos de acaparamiento que se apoyan en el establecimiento de parques nacionales o mitigación del cambio climático -que incluyen programas de secuestro de biocarbono o la producción de energías renovables y de biocombustibles-, pero es necesario señalar que dichas políticas conllevan efectos ambivalentes en los ecosistemas y, en muchísimas ocasiones, efectos negativos para las poblaciones locales[32].

Con respecto a la producción de energías renovables, mencionaremos la construcción de las represas Aurora I y II en Honduras, cofinanciadas por mecanismos de desarrollo limpio, y que produjeron la desposesión violenta de diversas comunidades indígenas. O la construcción de miles de aerogeneradores en el Estado mexicano de Oaxaca, en la región del

[28] Véase: "https://wildlandsnetwork.org/our-vision/". Última consulta: 03/11/2018.
[29] TITTOR, A., "Acaparamiento…", cit.
[30] FINZI, G., "El caso Poligrow en Mapiripán, Meta; entre acaparamiento (ilegal) de tierras y capitalismo verde", *Ciencia Política*, 12(24), 2017, p. 22.
[31] Como en el caso del parque nacional Tayrona en Colombia, donde la producción de naturaleza destinada al consumo turístico "ha contribuido al despojo y la criminalización de la población local y sus estrategias de vida como campesinos, pescadores, transportistas, vendedores de comida y guías turísticos". OJEDA, D., "Green pretexts. Ecoturism, neoliberal conservation and land grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia", *Journal of Peasant Studies*, 39, 2012, p. 357.
[32] TITTOR, A., "Acaparamiento…", cit.

Istmo de Tehuantepec, que se están llevando a cabo ignorando leyes agrarias y derechos indígenas. O supuestos en que el acaparamiento de agua ha constituido el principal objetivo, como en los proyectos hidrológicos de producción de energía de la presa Narmanda en la India, la de Belo Horizonte en Brasil o las presas del río Mekong en China. O también el acaparamiento de agua llevado a cabo por parte de empresas mineras, y la contaminación de arroyos y ríos con residuos derivados de dichas actividades, con sus consecuencias directas en las poblaciones y economías políticas locales[33], como en el caso de el caso de la multinacional suiza Glencore y de su gran extracción de cobre en minas a cielo abierto en Espinar (Perú), que ha derivado en elevados niveles de metales pesados, como mercurio, aluminio, arsénico o hierro, en las aguas potables y subterráneas de la zona, lo que las convierte en no aptas para el consumo humano.

En relación con la producción de biocombustibles, "la expansión de monocultivos de palma aceitera se promociona con los argumentos que a) producen agrocombustible y por eso son sustentables y b) sirven como depósito de carbono y por ende permiten recibir dinero en mercados internacionales de carbono"[34], presentando a dichos cultivos como tecnología verde, lo que permite financiarlos a través de mecanismos internacionales, pese a existir evidencias científicas de que los bosques maduros suponen mejores depósitos de carbono que las plantaciones de monocultivos y ello, sin hacer referencia a otros indicadores de biodiversidad[35].

5.- CONSECUENCIAS DEL ACAPARAMIENTO DE TIERRAS EN EL SECTOR ALIMENTARIO

Como afirmó Alfred Brownell, "no se necesitan armas para matar a las personas"[36].

Como hemos visto, países como los Estados del Golfo pérsico o Corea del Sur, quienes fueron señalados como los iniciales culpables del acaparamiento de tierras, así como entidades privadas, están volcando sus inversiones en los mercados agrícolas dentro de una frenética búsqueda de oportunidades dentro del agronegocio, en cuyo contexto se ha extendido el fenómeno del "acaparamiento de tierras", mediante la adquisición de millones de hectáreas en diferentes países, donde algunos pretenden "especular con las tierras, otros

[33] FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global…", cit.
[34] Ibid.
[35] Ibid.
[36] OXFAM INTERNACIONAL, *Nuestra tierra, nuestras vidas*, Oxfam Internacional, Oxford, 2012, p. 2.

sembrar agrocombustibles para los países ricos, y otros aprovechar el agua y la tierra ajena para cultivar alimentos y luego exportarlos a sus naciones"[37].

El fenómeno del acaparamiento de tierras tiene graves consecuencias, no solo para las poblaciones locales cuyas tierras les son arrebatadas, y se ven obligadas al desplazamiento y al cercamiento ("enclosure"), principalmente cuando se trata de áreas usadas con anterioridad como bienes comunes[38]; sino también en el campo de la seguridad alimentaria de los países más pobres y en vías de desarrollo, en la sostenibilidad de la agricultura y ganadería de los grupos familiares, así como en la seguridad en la tenencia de las tierras por parte de las personas y grupos especialmente vulnerables[39], lo que produce desplazamientos masivos de personas, como las migraciones que se están produciendo en África[40] ante, no sólo los problemas derivados de los conflictos armados que afectan a diversos países, sino también a la escasez de agua y alimentos derivada del gran acaparamiento de tierras fértiles de este continente. O en Sudamérica, donde miles de migrantes procedentes de distintos países de Sudamérica y Centroamérica -como Honduras, Guatemala o El Salvador- se dirigen hacia los Estados Unidos en busca de asilo y de unas condiciones de vida más saludables, ante la pobreza, la falta de oportunidades y de alimentos que padecen en sus países de origen[41].

Podemos afirmar que el agua y el acaparamiento de tierras se hallan profundamente relacionados, ya que la primera constituye un factor clave que determina "qué tierras son apetecibles y cuáles no"[42], al precisar la producción de monocultivos destinados a alimentos, pienso o agrocombustibles de "un suministro seguro y estable de elevadas cantidades de agua de forma sostenida en el tiempo y a menudo utilizando sistemas de irrigación a gran escala"[43]

---

37 BOIX BORNAY, V., "La FAO y…", cit.

38 TITTOR, A., "Acaparamiento…", cit.

39 ESCOBEDO, J. (Ed.), *La tierra. Un recurso en disputa*, International Land Coalition, Lima (Perú), 2015, p. 7.

40 Como sucede, por ejemplo, en Mozambique, donde más de 3 millones de hectáreas, que equivalen al 10% de su total territorio, han sido arrendadas a largo plazo a empresas multinacionales y a Estados extranjeros, lo que ha provocado el desplazamiento de cientos de miles de personas. O en la República Democrática del Congo, que constituye una verdadera "mina de madera, minerales estratégicos (cobre, cobalto, coltán, estaño, otro), diamantes y petróleo". "África. Migrantes y land-grabbing, luz de alarma de la injusticia; contra las fake news el compromiso de todos". *Agenzia fides*, 2017. Disponible en: "http://www.fides.org/es/news/63228-AFRICA_Migrantes_y_land_grabbing_luz_de_alarma_de_la_injusticia_contra_las_fake_news_el_compromiso_de_todos". Última consulta: 03/11/2018.

41 LIMA, L. "Caravana de migrantes: ¿qué rol ha tenido Estados Unidos en la violencia, la pobreza y la falta de oportunidades que padecen Honduras, Guatemala y El Salvador?", *BBC News*, 2018. Disponible en: "http://www.bbc.com/mundo/amp/noticias-america-latina-45973286/". Última consulta: 03/11/2018.

42 FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global…", cit.

43 Ibid.

que garantice la viabilidad de sus proyectos. De hecho, el agua constituye con frecuencia parte del acuerdo de compra o arrendamiento suscrito entre los gobiernos y los inversores.

Ello, suele conllevar el agotamiento, contaminación o desvío de las reservas hídricas locales de subsistencia, suponiendo conflictos por desabastecimiento de agua con motivo de las explotaciones agrarias, como ha sucedido, entre otros, en el delta del Río Tana en Kenia, donde grandes concesiones de tierra destinadas al cultivo de caña de azúcar, junto a la transferencia de aguas vitales hacia Nairobi o el puerto de Lamu, constituyen graves amenazas para el sustento de un gran número de personas que dependen de dichos recursos.

También en el Valle del Polochic (Guatemala), en el año 2011 se produjo un desalojo violento de alrededor de 800 familias por parte de fuerzas estatales, tras violar diversas normativas legales, protocolos y derechos humanos, lo que llevó al desplazamiento de todas estas personas y a graves consecuencias en la salud y nutrición de todos ellos, especialmente de sus más pequeños, sufriendo 6 de cada 10 niños de la comunidad de desnutrición crónica[44]. Ante esta situación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó diversas medidas cautelares dirigidas al gobierno de Guatemala, con la intención de que se garantizara la seguridad y salud alimentaria de las familias desalojadas[45].

Por lo que respecta a la postura de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en el año 2011 en su informe "BEFSCI"[46], relacionó demagógicamente el cultivo energético con la seguridad alimentaria, afirmando que, pese a que "el desarrollo de biocombustibles puede tener implicaciones significativas para las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria (disponibilidad, acceso, estabilidad y utilización). …sin embargo, puede crear nuevas oportunidades de empleo y generación de ingresos, con beneficios potenciales para el desarrollo rural y la seguridad alimentaria"[47].

Todo ello, evita tener en cuenta la enorme tragedia del continente africano, que se ve obligado a importar decenas de millones de toneladas de alimentos básicos, como en el caso de Sierra Leona, donde en el año 2009, su Gobierno suscribió un memorándum de acuerdo con la transnacional Addax Bioenergy, destinado al arrendamiento de 20.000 hectáreas de

[44] Tal y como informó en su nota de prensa: OXFAM INTERNACIONAL, *6 de cada 10 niños y niñas de las familias desalojadas del Valle de Polochic sufren desnutrición crónica,* Oxfam Internacional, Oxford, 2015.

[45] OXFAM INTERNACIONAL, *Evaluación de la situación de seguridad alimentaria y nutricional de las familias desalojadas en el Valle del Polochic,* Oxfam Internacional, Oxford, 2015, pp. 4-7.

[46] Proyecto sobre bioenergía y criterios e indicadores para la seguridad alimentaria (BEFSCI) de la FAO.

[47] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), "Bioenergy and Food Security Criteria and Indicators (BEFSCI) Project", *Bio-based News*, 2011. Disponible en: "http://news.bio-based.eu/bioenergy-and-food-security-criteria-and-indicators-befsci-project/". Última consulta: 03/11/2018.

tierra para cultivar caña de azúcar y yuca -el segundo alimento básico más importante del país después del arroz-, que pretendían ser destinadas a la producción de etanol para exportar a Europa[48]. Ello llevó a que el Gobierno de dicho país se haya visto obligado a tener que destinar el 24% de su PIB a importaciones de comida desde el extranjero.

En el año 2012, el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (CSA) de la FAO publicó un documento titulado "Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional", con el objetivo de fomentar "el respeto de los derechos de tenencia y un acceso equitativo a la tierra, la pesca y los bosques como medio para erradicar el hambre y la pobreza, apoyar el desarrollo sostenible y mejorar el medio ambiente"[49], tratando de lograr una seguridad alimentaria para todos.

La aplicación de dichas Directrices fue alentada por la FAO en el Grupo de los Veinte (G-20), la Conferencia de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible Río+20, la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Asamblea Francófona de Parlamentarios, con la finalidad de contribuir a la erradicación del hambre y la pobreza y el uso sostenible del medio ambiente.

Pocos años después, en 2014, el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (CSA) de la FAO elaboró y aprobó en su 41º período de sesiones, los "Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios", que tiene como finalidad fomentar una inversión responsable "que contribuya a la seguridad alimentaria y la nutrición y que, por tanto, respalde la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional"[50].

Dicho documento, se apoya en principios como la dignidad humana, la no discriminación en el acceso a la tierra, la equidad y justicia, la igualdad de género en el disfrute de los derechos humanos, la transparencia, la necesidad de adoptar un enfoque holístico y sostenible que reconozca la interrelación existente entre los recursos naturales y sus usos, o el derecho a consulta y participación de los pueblos que ostenten derechos legítimos de tenencia de las tierras, entre otros, principios a los que considera esenciales para contribuir a la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques.

[48] OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LA NUTRICIÓN, *El acaparamiento de tierras y la nutrición, desafíos para la gobernanza mundial*, Brot für die Welt, Stuttgart (Alemania), 2010, p. 59.
[49] COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (CSA), *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, 2012.
[50] COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (CSA), *Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios*, 2014, p. 5.

Todos estos instrumentos de la FAO, no son textos vinculantes, sino que entran dentro del ámbito del "soft law", conteniendo tan sólo orientaciones, directrices y recomendaciones dirigidas a los Estados, no siendo posible exigir responsabilidades en caso de incumplimiento.

Estos beneficios derivados del acaparamiento de tierras, defendidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), así como el Banco Mundial o el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, en forma de puestos de trabajo, transferencia tecnológica, infraestructuras rurales o seguridad alimentaria, entre otros, para los países más desfavorecidos[51], deben ser puestos en comparación con los efectos negativos y atropellos derivados de los masivos acaparamientos de tierras, que es innegable que están siendo mucho más graves que sus supuestas benevolencias.

Lo que no tiene ningún sentido es cómo, si realmente se pretende erradicar el hambre y la pobreza, cómo se permite que se lleven a cabo apropiaciones privadas de terrenos en los que viven comunidades desfavorecidas lo que implica, en muchas ocasiones, desproveerlas, no solo de las tierras en las que basaban sus medios de subsistencia, sino también de las aguas que precisaban para su autoconsumo y para desarrollar actividades agrícolas, ganaderas y de cualquier otro tipo, así como de los minerales y de cualquier recursos económicos asociado a la tierra, en general.

7.- CONCLUSIONES

Es necesario tener en cuenta los cambios a los que la humanidad se enfrentará en los próximos años, relacionados con el crecimiento exponencial de la población y con los recursos limitados de la tierra.

Pero la solución a estos problemas no radica en permitir que los países ricos acaparen las tierras de las comunidades más pobres y vulnerables, para asegurar así el acceso a los recursos por tan solo una parte de la población mundial, sin tener en cuenta las consecuencias negativas que dicho acaparamiento suponer en otra gran parte de esta población, especialmente de los niños.

Es necesario establecer mecanismos vinculantes cuyo cumplimiento se pueda vigilar, así como exigir responsabilidad a los Estados o a cualesquiera otros actores privados, para los casos de incumplimiento o de graves violaciones de los derechos humanos.

[51] BOIX BORNAY, V., "La FAO y…", cit.

Tampoco se puede permitir que, llevar a cabo estas prácticas en nombre de la preservación medioambiental, pueda suponer perjuicios en los colectivos que se vean despojados de sus tierras y, con ello, de los medios que les permiten proveerse de su sustento básico.

Con respecto a las actividades desplegadas por las grandes transnacionales, independientemente de los requisitos legales que se les exija en los países en los que operen, éstas deberán también responder a las expectativas sociales de respeto a los derechos humanos y que su comportamiento sea cada vez más ético, sostenible y respetuoso con las personas, el medioambiente y los valores éticos en general.

El panorama actual demuestra que la humanidad se enfrenta a grandes retos durante las próximas décadas, en cuya solución todos somos los responsables, todos debemos concienciarnos y sensibilizarnos con los problemas relacionados con la escasez de agua y de alimentos, siendo necesario modificar los hábitos o modelos productivos y de consumo que mitiguen las consecuencias negativas de la incidencia del hombre en los recursos mundiales.

8.- BIBLIOGRAFÍA

BOIX BORNAY, V., "La FAO y el acaparamiento de tierras", *Crisis Agroalimentaria*, UPV, Valencia. Disponible en: "https://web.ua.es/es/giecryal/documentos/fao-y-acaparamiento.pdf". Última consulta: 03/11/2018.

CLAVO, E., "No hay arroz para todos", *El Mundo*, 2012. Disponible en: "http://www.elmundo.es/elmundo/2012(06/23/internacional/1340453891.html". Última consulta: 03/11/2018.

COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (CSA), *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, 2012.

COMITÉ DE SEGURIDAD ALIMENTARIA MUNDIAL (CSA), *Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios*, 2014.

DE LUIS ROMERO, E. et al., "Derecho humano al agua y al saneamiento: derechos estrechamente vinculados al derecho a la vida", *Documentación Social*, núm. 170, 2013, pp. 217-236.

ESCOBEDO, J. (Ed.), *La tierra. Un recurso en disputa*, International Land Coalition, Lima (Perú), 2015.

EUROPEAN COORDINATION VIA CAMPESINA, "¿Cómo definimos acaparamiento de tierras?", 2016. Disponible en: "https://www.eurovia.org/wp-content/uploads/2016/11/como-definimos-el-acaparamiento-de-tierras.pdf". Última consulta: 03/11/2018.

FINZI, G., "El caso Poligrow en Mapiripán, Meta; entre acaparamiento (ilegal) de tierras y capitalismo verde", *Ciencia Política*, 12(24), 2017, pp. 21-50.

FUHEM, ECOSOCIAL, "El acaparamiento global de tierras. Guía básica", *Programa de Justicia Agraria de TNI*, 2ª edición, 2013. Disponible en: "https://www.tni.org/es/publicacion/el-acaparamiento-global-de-tierras". Última consulta: 03/11/2018.

GIRALDO, O.F., "Agroextractivismo y acaparamiento de tierras en América Latina: una lectura desde la ecología política", *Revista mexicana de sociología*, 77(4), 2015, pp. 1-13.
LIMA, L. "Caravana de migrantes: ¿qué rol ha tenido Estados Unidos en la violencia, la pobreza y la falta de oportunidades que padecen Honduras, Guatemala y El Salvador?", *BBC News*, 2018. Disponible en: "http://www.bbc.com/mundo/amp/noticias-america-latina-45973286/". Última consulta: 03/11/2018.
MCCARTHY, J.F. et al., "Trajectories of land acquisition and enclosure: development schemes, virtual land grabs, and green acquisitions in Indonesia's Outer Islands", *Journal of Peasant Studies*, 39(2), 2012, pp.521-549.
OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LA NUTRICIÓN, *El acaparamiento de tierras y la nutrición, desafíos para la gobernanza mundial*, Brot für die Welt, Stuttgart (Alemania), 2010.
OJEDA, D., "Green pretexts. Ecoturism, neoliberal conservation and land grabbing in Tayrona National Natural Park, Colombia", *Journal of Peasant Studies*, 39, 2012, pp. 357-375.
OJEDA, D., "Los paisajes del despojo: propuestas para un análisis desde las reconfiguraciones socioespaciales", *Revista Colombiana de Antropología*, 52(29), 2016, pp. 19-43.
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA (FAO), "Bioenergy and Food Security Criteria and Indicators (BEFSCI) Project", *Bio-based News*, 2011. Disponible en: "http://news.bio-based.eu/bioenergy-and-food-security-criteria-and-indicators-befsci-project/". Última consulta: 03/11/2018.
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *Agua*, 2018. Disponible en: "http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water". Última consulta: 03/11/2018.
ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), *El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2018*. Roma, 2018.
OXFAM INTERNACIONAL, *6 de cada 10 niños y niñas de las familias desalojadas del Valle de Polochic sufren desnutrición crónica,* Oxfam Internacional, Oxford, 2015.
OXFAM INTERNACIONAL, *Evaluación de la situación de seguridad alimentaria y nutricional de las familias desalojadas en el Valle del Polochic,* Oxfam Internacional, Oxford, 2015.
OXFAM INTERNACIONAL, *Nuestra tierra, nuestras vidas*, Oxfam Internacional, Oxford, 2012.
OXFAM INTERNACIONAL, *Tierra y poder. El creciente escándalo en torno a una nueva oleada de inversiones en tierras*, Oxfam Internacional, Oxford, 2011.
TITTOR, A., "Acaparamiento verde", *InterAmerican Wiki: Terms-Concepts-Critical Perspectives*. Disponible en: "www.uni-bielefeld.de/cias/wiki/g_Green_Grabbing.html". Última consulta: 03/11/2018.
UNESCO, "El agua dulce". Disponible en: "http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/Water". Última consulta: 03/11/2018.
VIDAL, J., "The great green land grab". *The Guardian*, 2008. Disponible en: "https://www.theguardian.com/environment/2008/feb/13/conservation". Última consulta: 03/11/2018.
WHITE, B. et al., "The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals", *Journal of Peasant Studies,* 39(3-4), 2012, pp. 619-647.
WILY, L.A., "Looking back to see forward: the legal niceties of land theft in land rushes", *Journal of Peasant Studies,* 39(3-4), 2012, pp.751-775.

Direito humano à alimentação adequada em pauta: uma análise do comentário geral da ONU nº 12

Tauã Lima Verdan Rangel[1]

Durcelania da Silva Soares[2]

Resumo: É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Em âmbito internacional, a partir de 1994, com a Declaração de Roma, o direito à alimentação passou a figurar como direito humano e pautado no trinômio disponibilidade, acessibilidade e adequação. Em relação à *disponibilidade do alimento*, destaca-se que, quando requisitado por uma parte, a alimentação deve ser obtida dos recursos naturais, ou seja, mediante a produção de alimentos, o cultivo da terra e pecuária, ou por outra forma de obter alimentos, a exemplo da pesca, caça ou coleta. Pressupõe-se, em relação à disponibilidade alimentar, que o direito reclama uma alimentação natural, com o mínimo de acréscimo de pesticidas e similares, tal como o combate aos transgênicos. No debate acerca dos alimentos transgênicos, sobretudo sua utilização na afirmação do direito em comento, há defensores que entendem que aqueles serviriam para subsidiar a materialização do direito em comento, porquanto seriam capazes de colocar fim à fome, em especial nos países em que essa é extrema e alcançam índices alarmantes, tal como poderá influenciar diretamente no barateamento dos gêneros alimentícios. Ocorre, porém, que o direito à alimentação não deve ser encarado como sinônimo de utilização de qualquer fonte alimentar, mas sim gêneros que sejam quantitativamente e qualitativamente detentores de condições mínimas, residindo em tal debate o artigo proposto.

Palavras-chave: Segurança Alimentar e Nutricional. Direito Humano à Alimentação Adequada. Efetivação.

Abstract: It is true that food and nutrition are basic requirements for the promotion and protection of health, enabling the full realization of growth potential and human development, quality of life and citizenship as structuring closer to the ideal social conditions. Internationally, since 1994, with the Rome Declaration, the right to food has been integrated as a human right and guided the trinomial availability, accessibility and adequacy. Regarding the availability of food, it is emphasized that, when requested by a party, the power must be obtained from natural resources, ie by producing food, the cultivation of land and livestock,

[1] Doutor em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo. Professor na Faculdade Metropolitana São Carlos – Bom Jesus do Itabapoana e na Multivix – Unidade Cachoeiro de Itapemirim-ES. E-mail: taua_verdan2@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/8802878793841195

[2] Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá. E-mail: durcelania@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/1543810316645867

or otherwise obtain food , such as fishing, hunting or collecting. It is assumed in relation to food availability, the law calls for a natural diet, with minimal addition of pesticides and the like, such as the fight against transgenics. In the debate about GM foods, especially their use in law statement under discussion, there are advocates who understand that those would serve to support the realization of the right to comment, because they would be able to put an end to hunger, particularly in countries where this is extreme and reach alarming rates, as can directly influence the cheapening of foodstuffs. It happens, however, that the right to food should not be regarded as synonymous with the use of any food source, but genres that are quantitatively and qualitatively holders of minimum conditions, living in such a debate the proposed article.

Keywords: Food Security and Nutrition. Human Right to Adequate Food. Effectuation.

1 INTRODUÇÃO

Josué de Castro (2003, p. 79), sobre a fome, especificamente na região nordeste do país, já discorreu que ela não atua apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também atua sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Mais que isso, há que se destacar que nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão maciçamente e num sentido tão nocivo quanto à fome, quando alcança os verdadeiros limites da inanição. Sobre a influência da imperiosa necessidade de se alimentar, os instintos primários são despertados e o homem, como qualquer outro animal faminto, demonstra uma conduta mental que pode parecer das mais desconfortantes. Jean Ziegler (2013, p. 32), em mesmo sentido, já colocou em destaque que "dolorosa é a morte pela fome. A agonia é longa e provoca sofrimentos insuportáveis. Ela destrói lentamente o corpo, mas também o psiquismo".

Inexoravelmente, a questão da fome fundamenta-se em conceitos de incidência específicos, desdobrados na *fome aguda* e na *fome crônica.* A primeira equivale à urgência de se alimentar, a um grande apetite, e não é relevante para a discussão proposta no presente. Doutro aspecto, a fome crônica, permanente, a que subsidiará a pesquisa apresentada, ocorre quando a alimentação diária, habitual, não propicia ao indivíduo energia suficiente para a manutenção do seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. A fome crônica e permanente é capaz de provocar um sofrimento agudo e lancinante no corpo, produzindo letargia e debilitando, gradualmente, as capacidades mentais e motoras. Trata-se da marginalização social, perda da autonomia econômica e, evidentemente, desemprego crônico pela incapacidade de executar um trabalho regular. Inevitavelmente, conduz à morte.

Ao lado disso, cuida ponderar que Oliveira *et all* sustentam que a fome crônica "é um fenômeno que possui elementos socioeconômicos e culturais: insatisfeita, prolongada ou apenas parcialmente saciada, cria vulnerabilidades e muitas vezes se traduz em importantes patologias" (2009, p. 415).

A complexidade do tema, segundo Maluf (2003, p. 53), fomenta maior discussão quando se estabelece como pilar inicial o fato de que a alimentação humana se dá em uma interface dinâmica entre o alimento (natureza) e o corpo (natureza humana), realizando-se integralmente apenas quando os alimentos são transformados em gente, em cidadãos e cidadãs saudáveis. A situação é agravada, sobretudo no território nacional, em decorrência do antagonismo existente, pois, conforme aponta Oliveira *et all* (2009, p. 414), o Brasil, na proporção que, sendo um dos maiores produtores de alimentos do mundo, ainda convive com uma condição social em que milhões pessoas se encontram, já que não tem plenamente assegurado o direito humano à alimentação adequada.

2 O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA (DHAA) ALÇADO AO *STATUS* DE DIREITO FUNDAMENTAL

É fato que alimentação e nutrição são requisitos básicos para a promoção e a proteção da saúde, viabilizando a afirmação plena do potencial de crescimento e desenvolvimento humano, com qualidade de vida e cidadania, tal como estruturação de condições sociais mais próximas das ideais. Podestá (2011, p. 27-28) destaca que a locução *segurança alimentar,* durante o período da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), passou a ser empregado na Europa, estando associado estritamente com o de segurança nacional e a capacidade de cada país de produzir seu próprio alimento, de maneira a não ficar vulnerável a possíveis embargos, boicotes ou cercos, em decorrência de políticas ou atuações militares.

Contudo, posteriormente à Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sobretudo com a constituição da Organização das Nações Unidas (ONU), o conceito da locução supramencionada passa a se fortalecer, porquanto compreendeu. Assim, nas recém-criadas organizações intergovernamentais, era possível observar as primeiras tensões políticas entre os organismos que concebiam o acesso ao alimento de qualidade como um direito humano, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), e alguns que compreendiam que a segurança alimentar seria assegurada por mecanismos de mercado, tal como se verificou no Fundo Monetário Internacional (FMI) e no Banco Mundial. Após o período supramencionado, "a segurança alimentar foi hegemonicamente

tratada como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos" (PODESTÁ, 2011, p. 28). Passam, então, a ser instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar, que foram estabelecidas em especial, com fundamento nos excedentes de produção dos países ricos.

Havia, portanto, o entendimento de que a insegurança alimentar decorria da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Todavia, nas últimas décadas, a concepção conceitual de segurança alimentar que, anteriormente, estava restrita ao abastecimento, na quantidade apropriada, foi ampliada, passando a incorporar, também, o acesso universal aos alimentos, o aspecto nutricional e, por conseguinte, as questões concernentes à composição, à qualidade e ao aproveitamento biológico. Em uma perspectiva individual e na escala coletiva, sobreditos atributos estão, de maneira expressa, consignados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os quais foram, posteriormente reafirmados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Sociais e incorporados à legislação nacional em 1992. Historicamente, a inter-relação entre a segurança alimentar e nutricional e o direito humano à alimentação adequada (DHAA) começa a ser delineada a partir do entendimento existente acerca dos direitos humanos na Declaração Universal de 1948.

Convém pontuar, ainda, que, em um cenário internacional, apenas em 1996, durante a realização da Cúpula Mundial de Alimentação, em Roma, que chefes de estados e governos, empenharam a sua vontade política e asseveraram, de maneira clara, sobre o direito a uma alimentação adequada e o direito fundamental de todos a não sofrer a fome. Oportunamente, o documento ora mencionado reconheceu que a problemática da fome e da insegurança alimentar possui uma dimensão global e são questões que tendem a persistir e aumentar dramaticamente em algumas regiões, a não ser que medidas urgentes sejam tomadas, notadamente em decorrência do crescimento populacional e a pressão existente sobre os recursos naturais. Estruturou-se, ainda, o ideário de que a pobreza é a maior causa de insegurança alimentar, logo, apenas um desenvolvimento sustentável seria capaz de promover sua erradicação, melhorando, por consequência, o acesso aos alimentos.

É possível frisar que a concretização dos direitos humanos, sobretudo o direito humano à alimentação adequada (DHAA), abarca responsabilidade por parte tanto do Estado quanto da sociedade e dos indivíduos. Assim, nas três últimas décadas, denota-se que a segurança alimentar e nutricional passou a ser considerada como requisito fundamental para afirmação plena do potencial de desenvolvimento físico, mental e social de todo o ser humano. A Cúpula de Roma de 1996 estabeleceu, em órbita internacional, que existe

segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, com o objetivo de levarem uma vida ativa e sã. Afirma Podestá que "ao Estado cabe respeitar, proteger e facilitar a ação de indivíduos e comunidades em busca da capacidade de alimentar-se de forma digna, colaborando para que todos possam ter uma vida saudável, ativa, participativa e de qualidade" (2011, p. 26).

Dessa maneira, nas situações em que seja inviabilizado ao indivíduo o acesso a condições adequadas de alimentação e nutrição, tal como ocorre em desastres naturais (enchentes, secas, etc.) ou em circunstâncias estruturais de penúria, incumbe ao Estado, sempre que possível, em parceria com a sociedade civil, assegurar ao indivíduo a concretização desse direito, o qual é considerado fundamental à sua sobrevivência. A atuação do Estado, em tais situações, deve estar atrelada a medidas que objetivem prover as condições para que indivíduos, familiares e comunidade logrem êxito em se recuperar, dentro do mais breve ínterim, a capacidade de produzir e adquirir sua própria alimentação. "Os riscos nutricionais, de diferentes categorias e magnitudes, permeiam todo o ciclo da vida humana, desde a concepção até a senectude, assumindo diversas configurações epidemiológicas em função do processo saúde/doença de cada população" (BRASIL, 2011, p. 11). Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos do conceito de segurança alimentar e nutricional foram se ampliando e passam, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

No cenário nacional, as ações voltadas a garantir a segurança alimentar dão em consequência ao direito à alimentação e nutrição, ultrapassando, portanto, o setor de Saúde e recebe o contorno intersetorial, sobretudo no que se refere à produção e ao consumo, o qual compreende, imprescindivelmente, a capacidade aquisitiva da população e a escolha dos alimentos que devem ser consumidos, inclusive no que tange aos fatores culturais que interferem em tal seleção. Em tal cenário, verifica-se que o aspecto conceitual de Segurança Alimentar e Nutricional (SAN), justamente, materializa e efetiva o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade satisfatória, de modo a não comprometer o acesso a outras necessidades essenciais da dignidade da pessoa humana. "Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que

sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis" (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante Hirai (2011, p. 24), as atenções se voltam para as dimensões sociais, ambientais e culturais que estão atreladas na origem dos alimentos. Ademais, a garantia permanente de segurança alimentar e nutricional a todos os cidadãos, em decorrência da amplitude e abrangência das questões que compreende, passa a reclamar diversos compromissos, tais como: políticos, sociais e culturais, objetivando assegurar a oferta e o acesso universal a alimentos de qualidade nutricional e sanitária, atentando-se para o controle da base genética do sistema agroalimentar.

O diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste na realização na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem que haja comprometimento do acesso a outras necessidades essenciais, tendo como fundamento práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. Destaca Ribeiro (2013, p. 38) que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso.

A partir da Lei Orgânica da Segurança Alimentar (LOSAN), a segurança alimentar e nutricional passou a abranger a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio de produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, compreendendo a água, bem como a geração de emprego e da redistribuição de renda. A locução supramencionada compreende a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos, bem como a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se os grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade sociais.

A LOSAN abrange, ainda, a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população. Está inserido na rubrica em análise a produção de conhecimento e o acesso à informação, bem como a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas

características culturais do País. A visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64/2010 responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento.

3 AS OBRIGAÇÕES CORRELATIVAS NA PROMOÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

A efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se apresenta apenas como uma obrigação moral dos Estados, mas substancializa uma obrigação de cunho jurídico, alicerçada nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o PIDESC. Ao contrário do que se verifica no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cujo reconhecimento e efetivação dão-se de imediato, de acordo com o §1º do artigo 2º e artigo 3º, os direitos contidos no PIDESC serão assegurados progressivamente pelos Estados. Assim, em relação à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, Flávia Piovesan acena para o desafio da construção de um paradigma, em que "o imperativo da eficácia econômica seja conjugado à exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos" (PIOVESAN, 2007, p. 47).

As obrigações correlativas dos Estados, a exemplo do direito humano à alimentação adequada, não se encontravam definidas no momento da adoção do PIDESC. Golay, porém, enfatiza que "elas o foram desde então, principalmente graças aos trabalhos de A. Eide, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Relator especial sobre o direito à alimentação" (GOLAY, 2009, p. 14). No Comentário Geral nº 12 foi retomada a definição apresentada pelo CDESC e acrescentou-se vários elementos sobre a definição de aludidas obrigações. As obrigações correlativas dos Estados encontram-se divididas em *jurídicas gerais*, previstas nos artigos 2º e 3º do PIDESC, e as obrigações *jurídicas específicas* dos Estados de respeitar, de proteger e de fazer cumprir esses direitos.

Ao se tornarem partes do PIDESC, os Estados assumem, igualmente, as obrigações preconizadas nos artigos 2º e 3º daquele, compreendendo a obrigação de garantir que o direito humano à alimentação será exercido sem discriminação[3] e de modo igual entre o

[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966b, p. 02. Artigo 2.º [*omissis*] 2. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados serão exercidos sem discriminação alguma baseada em motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, fortuna, nascimento, qualquer outra situação.

homem e a mulher[4], bem como a obrigação prevista no §1º do artigo 2º[5]. A obrigação de não discriminação foi definida pelos Princípios de Limburgo sobre a aplicação do PIDESC. O §2º do artigo 2º do Pacto foi reconhecido como de aplicação imediata e requer uma garantia explícita por parte de cada um dos Estados-Partes, bem como os motivos de discriminação mencionados na redação daquele dispositivo não são exaustivos. Em seu §37[6], os Princípios de 1986 estabelecem que "al ratificar el Pacto, los Estados eliminarán *de jure* la discriminación mediante la abolición imediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el desfrute de los derechos económicos, sociales y culturales"

Golay (2009, p. 15), ainda, afirma que a obrigação de não discriminação *de jure* é cumprida fundamentalmente por medidas legislativas. Assim, no que atina ao DHAA, ela exige que os Estados promovam uma revisão em sua legislação com o objetivo de assegurar que ela não possua disposições discriminatórias em matéria de acesso à alimentação ou aos meios e aos serviços que viabilizem sua obtenção. Os Estados, portanto, deverão adotar leis específicas para promover o combate à discriminação, tal como abster de qualquer prática discriminatória. Tem-se, assim, que essa faceta da não discriminação substancializa a denominada isonomia formal, ou seja, garantia legislativa de ausência de discriminação entre os indivíduos.

Os Princípios de 1986, em seu §38, aludem que "se deberia poner fin con toda la rapidez posible a cualquier discriminación *de facto* que resulte de uma desigualdade en el goce de los derechos económicos, sociales y culturales debido a una escasez de recurso u otros factores"[7]. A obrigação da não discriminação *de facto* implica que os Estados deverão adotar medidas positivas para garantir um exercício isonômico do DHAA às pessoas ou aos grupos

[4] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966b, p. 02. Artigo 3.º Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar o direito igual que têm o homem e a mulher ao gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

[5] *Ibid*, p. 02. Artigo 2.º 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

[6] *Idem.* **Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturales.** 2-6 junio de 1986, Maastricht, Países Baixos. Disponível em: <http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/desc_07.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018, p. 05. [...] ao ratificar o Pacto, os Estados eliminarão *de jure* a discriminação mediante a abolição imediata de toda legislação, regulação ou prática discriminatória (incluindo ações de omissão e comissão) que afetam o desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais (tradução nossa).

[7] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986, p. 05. [...] dever-se-ia colocar fim com toda a rapidez possível a qualquer discriminação *de facto* que resulte de uma desigualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais devido a uma escassez de recursos e outros fatores (tradução nossa).

de pessoas histórica e socialmente discriminados. O §38 dos Princípios de Limburgo traz à tona a ideia de uma isonomia material, ou seja, a promoção de medidas que, diante do caso concreto e considerando variáveis peculiares (sociais, históricas, econômicas, de gênero ou de etnia) inerentes a determinados grupos de pessoas, reclamem uma postura positiva para assegurar, no plano concreto, a prática.

Em complementação, o §39, de maneira expressa, clarificou a ideia de isonomia material supramencionada, estabelecendo que não se considerará discriminação a adoção de medidas especiais cujo único fim seja assegurar o progresso adequado de determinados grupos ou indivíduos que requerem a proteção necessária para assegurar a ditos grupos ou indivíduos igualdade no desfrute dos DESC. "Se uma proteção legislativa não existir contra a discriminação em relação às mulheres, essa proteção deverá ser elaborada e adotada" (GOLAY, 2009, p. 15). Além disso, o §39 ressalva que essas medidas devem ser empregadas enquanto perdurar a situação de desigualdade, logo, alcançados os objetivos planejados e eliminada a desigualdade, é essencial a abolição das medidas isonômicas materiais, com o objetivo de evitar uma situação de discriminação.

Os Princípios de 1986, em seu §45, ao estabelecer a interpretação a ser conferida a redação do artigo 3º do PIDESC, apontam para ter atenção ao conteúdo da Declaração e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, os outros instrumentos pertinentes e a as atividades realizadas pelo Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, conforme dita a Convenção. A obrigação aludida pelo §1º do artigo 2 do PIDESC comporta uma abordagem tridimensional, a saber: (i) a obrigação de agir por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas; (ii) a obrigação de agir em vista de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA; e (iii) a obrigação de agir, tanto por seu esforço próprio quanto pela assistência e pela cooperação internacionais, até o máximo dos recursos disponíveis.

O primeiro aspecto da obrigação, consistente em "adotar medidas [...] por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas", estabelece que todos os Estados têm a obrigação de começar, de maneira imediata a adotar medidas que persigam a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto. Os Estados utilizarão de todos os meios apropriados em nível nacional, o que inclui medidas legislativas, administrativas, judiciais, econômica, sociais e educacionais, coerentes com a natureza dos direitos, com o fim de cumprir as obrigações cominadas pelo PIDESC. O §18 dos Princípios

de 1986[8], ao promover a interpretação da primeira dimensão da obrigação, reconhece que as medidas legislativas, por si só, não são suficientes para assegurar o cumprimento do PIDESC. Contudo, é oportuno anotar que, de acordo ainda com o §1º do artigo 2º do Pacto, as medidas legislativas serão imprescindíveis quando a legislação em vigor violar as obrigações contidas no PIDESC.

A segunda dimensão da obrigação, "para assegurar progressivamente [...] a plena efetividade dos direitos", requer que os Estados atuem com toda a rapidez possível para lograr a efetividade dos direitos. "Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad"[9]. A obrigação para "assegurar progressivamente" existe independentemente de qualquer aumento de recursos; requer, porém, a utilização eficaz dos recursos que estejam disponíveis. Golay, ainda, sustenta que "a obrigação de realização progressiva implica ainda que toda medida regressiva seja dificilmente compatível com as obrigações do PIDESC" (GOLAY, 2009, p. 15). O §14 do Comentário Geral nº 12 afirmou que:

> [...] A obrigação principal é aquela de adotar medidas para que se alcance, de forma progressiva, a total realização do direito à alimentação adequada. Isto impõe a obrigação de que isto seja feito de forma tão rápida quanto possível. Cada Estado fica obrigado a assegurar que todos que estão sob sua jurisdição tenham acesso à quantidade mínima, essencial, de alimento, que seja suficiente, nutricionalmente adequada e segura, para garantir que estejam livres da fome (CDESC, 1999, p. 03).

Os Estados têm, deste modo, a obrigação de agir de forma deliberada, concreta e trabalhando, de maneira rápida e eficazmente possível, para assegurar o pleno exercício do DHAA. Independentemente dos recursos e o nível de desenvolvimento do Estado, este deverá adotar medidas para assegurar o direito fundamental de estar ao abrigo da fome. Logo, há violação ao PIDESC quando um Estado não assegura o mínimo essencial necessário para que o indivíduo esteja ao abrigo da fome.

Em relação à segunda dimensão da obrigação, "até o máximo dos recursos que disponha", os Estados têm a obrigação independentemente de seu nível de desenvolvimento

[8] *Cf.* ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986, p. 03. 18. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe de notar que conforme al artículo 2(1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

[9] *Ibid.* Sob nenhuma circunstância será interpretado de maneira que implique aos Estados terem o direito de adiar indefinidamente os esforços concebidos para assegurar a plena realização [dos DESC] (tradução nossa).

econômico, de assegurar o respeito aos direitos de subsistência mínima de todas as pessoas. A locução "até o máximo dos recursos de que disponha" se refere aos recursos próprios que o Estado possui, como também os recursos advindos da comunidade internacional, mediante cooperação e assistência internacional, como estabelece o §26 dos Princípios de 1986. "Se um Estado quiser alegar que limitações em matéria de recursos o colocam na impossibilidade de fazer cumprir o direito à alimentação, ele deverá demonstrar que não poupou nenhum esforço na utilização de todos os recursos" (GOLAY, 2009, p. 16), que se encontravam disponíveis para o cumprimento da obrigação.

De igual modo, o Estado deverá também demonstrar que se empenhou para obter um apoio internacional para garantir a disponibilidade e a acessibilidade da alimentação. Extrai-se, assim, que a dimensão da obrigação tem como ponto maior a cooperação e a assistência internacionais, ao qual estão submetidos os outros Estados Parte do PIDESC. A obrigação de cooperação e de assistência internacionais é impositiva para a realização do DHAA, que é o direito que os Estados mais se comprometeram a cooperar em direito internacional. O §30 dos Princípios de Limburgo afirma que a cooperação e a assistência internacionais devem se orientar para o estabelecimento de uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades previstos no PIDESC possam lograr sua plena realização. No Pacto, os Estados reforçam tal compromisso por três passagens distintas, a saber: no §1º do artigo 2º e nos §§1º e 2º do artigo 11.

Parcela considerável dos indivíduos que lutam para assegurar o acesso à alimentação o fazem empregando seus próprios recursos, individualmente ou em grupos. Partindo-se de tal cenário, surgiram as obrigações jurídicas específicas dos Estados de respeitar e proteger o acesso à alimentação. Assim, com o objetivo de auxiliar os indivíduos que ainda não possuem acesso a tais recursos e que, independentemente de sua vontade, não pode acessá-los, os Estados são detentores das obrigações de facilitar e garantir o DHAA, isto é, assegurar o seu cumprimento. Eide[10] foi responsável por estabelecer a tipologia das obrigações dos Estados de *respeitar, proteger* e *fazer cumprir* o direito à alimentação, sendo, posteriormente, retomada pelo CDESC e pelos Estados nas diretrizes sobre o DHAA.

Em relação à obrigação de *respeitar,* Ziegler (2001, p. 07) sustenta que a governo não deve privar, de maneira arbitrária, as pessoas do DHAA, ou, ainda, estabelecer dificuldades

[10] EIDE, Asbjørn. **E/CN.4/Sub. 2/1999/12, de 28 de junio de 1999:** El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre: Estudio actualizado sobre el derecho a la alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide em cumplimiento de la decisión 1998/06 de la Subcomisión. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/138/16/PDF/G9913816.pdf?OpenElement>. Acesso em 26 jul. 2017.

para o acesso aos alimentos. Golay (2009, p. 17) assinala que a obrigação de *respeitar* é essencialmente uma obrigação de abstenção, logo, é a obrigação dos Estados de se absterem de tomar medidas que tenham efeito de privar os indivíduos de seu acesso à alimentação. "Abstenerse de realizar intervenciones que afecten las posibilidades de que las personas o las comunidades produzcan sus alimentos o accedan de manera legal, física o económica a los mismos"[11]. A obrigação de *respeitar* não implica, em um primeiro momento, a qualquer previsão orçamentária por parte do Estado, estando limitada à postura absenteísta e não intervencionista daquele em relação ao indivíduo ou a grupos sociais.

Como formar de violação à obrigação de *respeitar,* pode-se fazer menção ao governo que desaloja ou desloca, de maneira arbitrária, as pessoas de sua terra, em especial quando a terra é o meio fundamental de subsistência. Ziegler (2001, p. 07), ainda, afirma que configura violação se o Estado suprimir as disposições relativas à seguridade social sem assegurar que as pessoas vulneráveis disponham de meios alternativos para alimentar-se ou, ainda, se o governo introduzir, de maneira consciente, substâncias tóxicas na cadeira produtiva alimentar, eis que o DHAA preconiza que o acesso a alimentos deve compreender àqueles livres de substâncias nocivas.

Já a obrigação de *proteger* reclama uma postura positiva, devendo o Estado zelar para que empresas ou pessoas não privem os indivíduos do acesso a uma alimentação adequada. Eide aponta que "es obligación del Estado ofrecer una activa protección contra otros elementos más vigorosos o combativos – o contra intereses económicos más poderosos"[12]. Trata-se, portanto, de um comportamento que impele ao Estado adotar uma postura de combate à fraude, a um comportamento contrário à ética nas relações comerciais e contratuais e contra a comercialização de produtos perigosos ou contaminados, em especial quando se considera que o DHAA requer o acesso a alimentos aptos ao consumo humano.

Golay (2009, p. 18) diz que essa obrigação se assemelha à obrigação de proteger os direitos civis e políticos, porquanto ela implica que os Estados implantem um quadro legislativo e institucional e um sistema judiciário apropriados para ofertar proteção ao DHAA. A função protetora assumida pelo Estado é ampliada, no que concerne ao DHAA, sobretudo em decorrência das obrigações advindas das obrigações contraídas no Pacto. No §15 do Comentário Geral nº 12, é explicitado que "a obrigação de proteger requer que

[11] JUSIDMAN-RAPOPORT, 2014, p. 89. Abster-se de realizar intervenções que afetem as possibilidades das pessoas ou das comunidades de produzirem seus alimentos ou acessarem de maneira legal, física ou econômica aos mesmos (tradução nossa).

[12] EIDE, 1999, p. 17. […] é obrigação do Estado oferecer uma ativa proteção contra outros elementos mais vigorosos ou combativos – ou contra interesses econômicos mais poderosos (tradução nossa).

medidas sejam tomadas pelo Estado para assegurar que empresas ou indivíduos não privem outros indivíduos de seu acesso à alimentação adequada" (CDESC, 1999, p. 03). Assim, a obrigação de *proteger* significa que o Estado atue em duas frentes distintas: (i) promulgar leis para evitar que pessoas ou organizações poderosas comprometam o DHAA; e (ii) estabelecer órgãos para investigar e proporcionar recursos eficazes para combater a violação do direito.

A obrigação de *fazer cumprir,* por sua vez, é aquela que mais se aproxima da obrigação preconizada no §1º do artigo 2 do PIDESC, consistente em agir, até o máximo de seus recursos disponíveis, com o objetivo de assegurar progressivamente o exercício pleno do DHAA por todos os meios apropriados, inclusive adoção de medidas legislativas. "La obligación de satisfacer significa que el gobierno debe adoptar medidas positivas para individualizar a los grupos vulnerables y aplicar políticas para velar por que tengan acceso a una alimentación suficiente facilitando su capacidad de alimentarse por sí mismos"[13]. Para os Estados e para o CDESC, a obrigação significa que os Estados devem, em um primeiro momento, *facilitar* a realização do direito à alimentação, estabelecendo um ambiente que propicie ao indivíduo e aos grupos e alimentarem por seus próprios meios.

Em segundo lugar, os Estados devem *realizar* o direito à alimentação daqueles que não são capazes de se alimentarem, por razões independentes de sua vontade, promovendo a distribuição de alimentos ou implantando programas de proteção social. "Os Estados têm ainda a obrigação de *realizar* o direito à alimentação daqueles que não têm à (*sic*) longo prazo nenhuma possibilidade de ter acesso por seus próprios meios a uma alimentação adequada" (GOLAY, 2009, p. 18). Há que reconhecer que a obrigação vale para as pessoas detidas e para as crianças em situação de abandono. "Sempre que um indivíduo ou grupo está impossibilitado, por razões além do seu controle, de usufruir o direito à alimentação adequada com os recursos a sua disposição, os Estados tem a obrigação de satisfazer (prover) o direito diretamente" (CDESC, 1999, p. 03).

Assim, os Estados promoverão a implantação de sistemas de seguridade social, a fim de apoiar os membros mais vulneráveis da sociedade, a exemplo das pessoas idosas, as pessoas em emprego ou as pessoas deficientes (GOLAY, 2009, p. 18). Os sistemas de proteção social poderão ser elaborados sob formas monetárias ou alimentares. A obrigação de *realizar* deve existir em situações de desastres naturais ou, ainda, provocados por causas diversas. Assim, os Estados deverão enviar um auxílio alimentar com maior rapidez possível

[13] ZIEGLER, 2001, p. 07. A obrigação de satisfazer significa que o governo deve adotar medidas positivas para individualizar os grupos vulneráveis e aplicar políticas para zelar que tenham acesso a uma alimentação suficiente, facilitando sua capacidade de alimentar-se por si mesmo (tradução nossa).

às pessoas vulneráveis, sozinhos, ou, caso não disponham de mecanismos para isso, com o auxílio dos outros Estados, das agências das Nações Unidas e das ONG nacionais e internacionais.

4 CONCLUSÃO

Alimentar-se é muito mais do que a mera ingestão de alimentos. É, conforme o artigo 2º da LOSAN, a materialização de um direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o Poder Público adotar as políticas e ações que se façam necessária para promover a segurança alimentar e nutricional da população. O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e de maneira regular, a fim de que haja concretização do ideário de dignidade que reveste a vida humana. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional e direito humano à alimentação adequada. Denota-se que está se valendo da premissa de acesso de alimentos, o que é diferente de disponibilidade de alimentos, já que esses podem estar disponíveis, mas as populações mais pobres podem não ter acesso a eles, em decorrência da renda ou outros fatores.

Como conclusão, reconhece-se que as obrigações correlativas contraídas pelo Estado, ao se tornar signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais de 1966, desempenham especial importância na promoção dos direitos de cunho progressivo. Especialmente, tais obrigações asseguram que o direito humano à alimentação adequada, nas múltiplas órbitas, seja passível de oponibilidade ao Estado na função de garantidor e promotor de direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada*. Brasília: SDH, 2011.

CASTRO, Josué. *Fome:* um tema proibido. CASTRO, Ana Maria de (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Geografia da Fome*. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

CDESC. *Comentário Geral número 12:* O Direito Humano à Alimentação (art. 11). 26 abr.-14 mai. 1999, Genebra. Disponível em: <http://www.sesc.com.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

COSTA, Thadeu Estevam Moreira Maramaldo *et all.* Avaliação de Risco dos Organismos Geneticamente Modificados. *Ciências e Saúde Coletiva*, n. 16, v. 1, 2007; p. 327-336. Disponível em: <http://www.scielosp.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

EIDE, Asbjørn. *E/CN.4/Sub. 2/1999/12, de 28 de junio de 1999***:** El derecho a una alimentación adecuada y a no padecer hambre: Estudio actualizado sobre el derecho a la

alimentación, presentado por el Sr. Asbjørn Eide em cumplimiento de la decisión 1998/06 de la Subcomisión. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org>. Acesso em 26 jul. 2017.

_____. *El derecho humano a una alimentación adecuada y a no padecer hambre.* Disponível em: <http://www.fao.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

GOLAY, Cristophe. *Direito à Alimentação e Acesso à Justiça:* Exemplos em nível nacional, regional e internacional. Roma: FAO, 2009. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/016/k7286p/k7286p.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

HIRAI, Wanda Griep. *Segurança Alimentar*: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.

JUSIDMAN-RAPOPORT, Clara. El derecho a la alimentación como derecho humano. *In*: *Salud Publica de Mexico*, Ciudad de Mexico, v. 56, supl. 1, 2014, p. 86-91. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx>. Acesso em 04 ago. 2018.

MALUF, Renato Sérgio. Economia de Rede. O Papel da Distribuição e a Problemática da Segurança Alimentar. *In*: _____; WILKINSON, John (org.). *Reestruturação do Sistema Agroalimentar.* Rio de Janeiro: REDCAPA, 1999.

_____. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde e Sociedade***,** v. 12, n. 1, p. 51-60, jan.-jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

MEDEIROS, Robson A. de; SILVA, Eduardo P.; ARAÚJO, Jailton M. de. *A (in) segurança alimentar e nutricional no Brasil e o desenvolvimento humano.* Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

MOSS, Bob. *Genetically Modified Organisms (GMOs):* Transgenic Crops and Recombinant DNA Technology, 2008. Disponível em: <http://www.nature.com>. Acesso em 04 ago. 2018.

NODARI, R. O.; GUERRA, M. P. Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. *Revista Nutrição,* n. 16, v. 1, 2003, p. 105-116. Disponível em: <http://www.scielo.br> Acesso em 04 ago. 2018.

OLIVEIRA, Juliana Souza *et all*. Insegurança Alimentar e estado nutricional de crianças de São João do Tigre, no semi-árido do Nordeste. *Revista Brasileira de Epidemiologia,* a. 12, n. 3, p. 413-423, 2009. Disponível em: <http://www.scielosp.org>. Acesso em 04 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *El derecho a la alimentación adecuada*. Disponível em: <http://www.ohchr.org >. Acesso 04 ago. 2018.

_____. *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales e Culturales***.** 2-6 junio de 1986, Maastricht, Países Baixos. Disponível em: <http://www.derechos.org.ve>. Acesso em 04 ago. 2018.

_____. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.* Adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela Resolução nº 2200-A (XXI), de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/caju/tratados.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018a.

_____. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.* Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br>. Acesso em 04 ago. 2018b.

PODESTÁ, O. P. G. de. *Programa Bolsa de Família e a Segurança Alimentar e Nutricional:* O Caso do Município de Anchieta-ES. 139f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento Local) – EMESCAN, Vitória, 2011.

RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva,** n. 17, v. 2, 2012, p. 359-368. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito Fundamental Social à Alimentação Adequada*: Análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ZIEGLER, Jean. *Destruição em massa*: geopolítica da fome. PAULO NETTO, José (trad.). São Paulo: Cortez Editora, 2013.

._____. *E/CN.4/2001/53, de 7 de febrero de 2001***:** El Derecho a la Alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, de conformidad con la resolución 2000/10 de la Comisión de Derechos Humanos. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc>. Acesso em 04 ago. 2018.

Instrumentos de proteção ambiental para a garantia do direito humano ao meio ambiente equilibrado

Durcelania da Silva Soares[1]

Márcio Gonçalves Sueth[2]

RESUMO: O estudo busca analisar a extrema importância da consideração da razoável duração do processo na temática ambiental, em frente à necessidade de concretizar a precaução, a reparação e a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como condição indissociável do desenvolvimento humano, conjugando "bem de uso comum do povo" e "essencial à sadia qualidade de vida" no processo construtivo. A pesquisa adota o método bibliográfico, com suporte nas obras de Antunes, Beltrão e Canotilho, levantando-se de dados secundários disponíveis no acervo específico, principalmente artigos científicos, doutrina, jurisprudência e leis correlatas, além de legislações internacionais que versam a respeito da matéria.

Palavras-Chave: proteção ambiental; direito humano; meio ambiente equilibrado; intrumentação de efetivação.

ABSTRACT: The study seeks to analyze the extreme importance of considering the reasonable duration of the process in the environmental theme, in face of the need to concretize the precaution, repair and protection of the ecologically balanced environment, as an indissociable condition of human development, combining "good use" common of the people "and" essential to the healthy quality of life "in the constructive process. The research adopts the bibliographical method, with support in the works of Antunes, Beltrão and

[1] Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá. E-mail: durcelania@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/1543810316645867.

[2] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo. Especialista Lato Sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Oficial e Registrado no Cartório do 2º Ofício de Itaituba/PA. E-mail: marciosueth@hotmail.com; link do Lattes: http://lattes.cnpq.br/1380393092118952.

Canotilho, arising from secondary data available in the specific collection, mainly scientific articles, doctrine, jurisprudence and related laws, in addition to international laws that deal with the matter.

Keywords: environmental protection; human rights; balanced environment; instrumentation of effectiveness.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, percebe-se com facilidade, a presença de uma tutela prejudicial ao cumprimento da justiça, justificada em função da morosidade oriunda dos mais diversos problemas. A manifestação do direito básico e fundamental à tutela judicial eficaz se concretiza no momento em que o sistema estatal de prestação da jurisdição se mostra em adequado funcionamento, o que requer uma estrutura material capaz de atender às demandas e a sua complexidade, para assim fazer valer o Direito. Nesse sentido, torna-se necessária uma ampla e fácil acessibilidade ao Direito e à justiça, respeitando o tempo adequado para que estes sejam efetivados.

Consoante estabelece o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna Brasileira, modificado pela Emenda Constitucional 45/2004 – que consubstancia a tão festejada "reforma do Judiciário", registrando profundas alterações em diversos dispositivos constitucionais, notadamente no que se refere ao Poder Judiciário, entre outros, a relação particular e diferenciada com o direito fundamental à proteção estatal do meio ambiente. Para tanto, reflete-se sobre o meio ambiente e seus prazos próprios, pois tamanha delonga na tutela jurisdicional adequada acaba inviabilizando a reparação do dano dentro do Direito Ambiental, em face aos direitos fundamentais à razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII), e ao meio ambiente equilibrado (Art. 225 CF). O estudo encontra a sua relevância no questionamento sobre a fundamentalidade do prazo razoável do processo no Direito Ambiental, o qual deve ser observado com maior amplitude, uma vez que o bem tutelado é um bem difuso que necessita de eficiente prestação estatal, havendo nítida necessidade da intervenção do Estado, em razão de que a finitude dos recursos naturais é passível de ameaça à herança ambiental das futuras gerações.

Uma vez que em estes instrumentos de efetivação da segurança ao um meio ambiente equilibrado, qualquer decisão tardia será inócua. A demora injustificada e indevida na solução das demandas judiciais atenta diretamente contra a concepção de justiça e equidade, provocando, principalmente, uma séria e prejudicial desigualdade na relação processual, podendo gerar danos irreparáveis tanto à parte como à sociedade. Referida morosidade no

Direito Ambiental pode gerar danos irreparáveis e em grandes dimensões, o que justifica o presente debate a respeito da duração razoável do processo em relação ao direito básico e fundamental ao meio ambiente, que deve ser considerado como ecologicamente equilibrado, disposto no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que a reparação de danos a ele relacionado apesar de afigurar-se como incerta, onerosa, e, muitas vezes, impossível, deve ser a todo custo combatida.

Tem o estudo metodologia qualitativa, pautando a estrutura do trabalho em revisão bibliográfica de Antunes, Beltrão e Canotilho, com o intuito de instrumentalizar os conceitos na sua construção com vias de construir os conceitos aplicáveis ao papel do Estado e o alcance da justiça social, como também o acesso à justiça para a proteção do meio ambiente equiilibrado.

2 O PAPEL DO ESTADO PERANTE O MEIO AMBIENTE E A SUA CONCRETIZAÇÃO AOS JURISDICIONADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO

O Estado, uma ideologia definida como força suprema capaz de reger as relações sociais instituídas em um determinado grupo, exterioriza-se por meio da Administração Pública, cuja finalidade é a de proporcionar o bem-estar de todos, satisfazendo os anseios e necessidades sociais e administrando os bens e interesses públicos. Porém, essa organização política manifesta-se de maneiras distintas e conforme o momento histórico que a contextualiza. Assim, de acordo com a teoria jusnaturalista, difundida, notadamente, por Thomas Hobbes, o Estado deve ser definido como resultado de um pacto firmado entre os membros de uma sociedade em razão da necessidade de defesa de interesses em comum.

Para Hobbes, "O Estado é um poder onipotente, justificado na sua forma absolutista de administrar, no sentido de que o poder de governar é quase que ilimitado e concentrado num determinado grupo político ou numa única pessoa"(2006, p. 85). No instante em que se traz a lume a limitação do poder estatal, os direitos se mostram inerentes ao processo, reconhecidos e garantidos aos homens, impondo óbices à atuação discricionária da Administração Pública. O Estado absolutista – o detentor do poder centralizador – caracteriza-se exatamente pelo fato de tais óbices não serem determinados constitucionalmente; por não serem reconhecidos direitos aos homens, proporcionando uma atuação incondicionada desse poder maior nas mãos do monarca na regência da sociedade. Nesse sentido, Branco (2009, p. 27) ensina que:

> Nos séc. XVII e XVIII, a teoria contratualista vem enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribuiu ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certos direitos pré-existem ao próprio, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhe garantir direitos básicos.

De acordo com Norberto Bobbio (2002, p. 4) "Os direitos do homem ganham força quando se desloca do Estado para o cidadão a primazia os põe em contato". (BOBBIO, 2002, p. 4), afirmando o autor que estes direitos são oriundos de inversão de perspectiva, própria da formação do Estado Moderno, quando representa a relação entre o Estado e o cidadão (relação política), a qual deve ser pensada próxima aos direitos dos cidadãos (não súditos), evitando-se trazer à tona o ponto de vista dos direitos soberano, que mostra a visão individualista da sociedade que inicia a idade Moderna.

O nascedouro do Estado Moderno teria se dado na condição de unidade de associação. Sua organização sustenta-se numa Constituição, haja vista que a dominação de um duplo dualismo composto pelo rei e pelo povo, poder espiritual e temporal nele se caracteriza. O Estado Moderno permitiu o desenvolvimento econômico da classe burguesa, consagrou a liberdade, afirmação de um liberalismo político e econômico, tendo como topo os direitos humanos de primeira geração. A burguesia, com a intenção de obter poder político, acaba afastando o Estado das relações privadas e econômicas.

No Brasil, particularmente, assiste-se à evolução de um Estado que ainda conserva as características das funções de *État-Gendarme*[3] (Estado Policial); um Estado com papel ativo na realização da justiça social "[...] com a responsabilidade de garantir a segurança da nação, da ordem pública e da liberdade formais"(MERLIN, 2010, p. 131), sem que se assumam propriamente como Estado-Providência, funcionando como instrumento de classes dominantes e passando por um Estado-Estamental. É raro que os Estados assumam por completo sua função eminentemente social, o Estado contemporâneo brasileiro não foge à regra, o que se observa pelos aspectos extremamente diferenciados de sua evolução,

[3]La théorie de **L'État gendarme** limite ses prérogatives légitimes aux seuls domaines où la violence est justifiée, les "fonctions régaliennes" de l'État : le maintien de l'ordre (la police), la justice, la défense du territoire.<http://www.wikiberal.org/wiki/1792>. Dernière modification de cette page le 14 décembre 2008.

resguardados ainda sob uma posição instrumentalista clássica, devido à sua incapacidade em atender ao todo social, contemplando apenas parcelas da sociedade.

Com a evolução para o Estado Democrático de Direito, o homem passou a ser mais valorizado. De modo hodierno, a questão ambiental tem despertado a consciência das nações, projetando uma nova visão sobre a forma de desenvolvimento, com as transformações sociais e a preocupação com o Meio Ambiente e seus recursos naturais. Urge um novo paradigma de Estado, um Estado voltado para a formação de cidadãos mais conscientes, participativos e inseridos na proteção do Meio Ambiente. Surge, daí, o Estado de Direito Ambiental, que é definido por Capela a partir de uma forma de Estado que contempla a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social, objetivando a sustentabilidade, empenhando-se na concretização da igualdade substancial dos cidadãos, que necessita de controle jurídico do uso da razão e patrimônio ambiental natural.

> A consecução do Estado de Direito Ambiental passa obrigatoriamente pela tomada de consciência global da crise ambiental e exige uma cidadania participativa, que compreende uma ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental [...].Trata-se efetivamente de uma responsabilidade solidária e participativa, unindo de forma indissociável Estados e cidadãos na preservação do Meio Ambiente. Assim para se edificar e estruturar um abstrato de Estado Ambiental pressupõe-se uma democracia ambiental, amparada em uma legislação avançada que encoraje e estimule o exercício da responsabilidade solidária (p. CANOTILHO e LEITE, 2010, p. 175/176).

Essa lição (CANOTILHO e LEITE, 2010, p. 176) deve se relacionar à transparência do processo que é efetivada com a participação da sociedade, a qual legitima a decisão ambiental "[...], contribuindo assim de maneira profunda para a conscientização da crise ambiental". Sendo que, por meio da participação, coaduna-se "uma via de mão dupla: Administração e Sociedade Civil", exigindo a máxima participação pública, uma vez que, o Poder Público não detém a propriedade do Meio Ambiente. Dessa forma, para sua proteção é importante um debate com a participação do Estado e cidadãos, garantindo amplos direitos aos interessados. Esse apoio da sociedade nas decisões ambientais acaba tornando a Administração mais aberta e menos dirigista.

Observa-se que a solução mais coerente para que se chegue a um Estado de Direito Ambiental é por meio de implementação, pelo Estado, de políticas públicas direcionadas à proteção do meio Ambiente. A coletividade necessita de educação ambiental, cidadãos capacitados para a defesa ativa do Meio Ambiente, considerando de perto a essencialidade de uma democracia ambiental participativa e solidária a ser imposta, ou seja, um maior grau de informação e conscientização do cidadão em relação à representatividade de seu papel dentro desse novo paradigma de Estado.

Componente importante do Estado Democrático Ambiental é o amplo acesso à justiça, via tutela jurisdicional do Meio Ambiente (CANOTILHO e LEITE, 2010, p. 177), cabendo à Administração Pública, por meio do processo administrativo ambiental, resolver os conflitos relacionados ao Meio Ambiente, sendo que o jurisdicionado tem à sua disposição o Judiciário como o recurso final contra a ameaça e a degradação ambiental.

Atualmente, as demandas ambientais são resolvidas pelo Processo Administrativo, mas quando o infrator não concordar com o resultado final desse processo, pode recorrer ao Poder Judiciário. A formação de um Estado de Direito Ambiental não pode se concretizar sob a isenção dos esforços do Estado, da sociedade civil e da comunidade internacional, direcionados na melhor distribuição e minimização dos riscos ambientais. Por meio da justiça social e proteção ambiental, pode se alcançar o desiderato Estado de Direito Ambiental, sendo necessária a criação de políticas públicas de gestão, proteção e educação, com base em princípios ambientais oriundos de complexas questões, surgidas ao longo do desenvolvimento, tendo o homem como guardião da natureza, com o lema de progredir sem agredir o Meio Ambiente. Com isso, garantindo o desenvolvimento das futuras gerações.

3 A IMPORTÂNCIA DO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, por meio da Assembleia Geral das Nações Unidas, é considerada o pilar de elaboração de quase todos os documentos que referenciam os Direitos Humanos em suas constituições nacionais. Considerando o fato de não gerar obrigação jurídica e respeito a ela por parte dos Estados, fez-se necessária a preparação de inúmeros documentos (entre 1945 e 1966), os quais deveriam pormenorizar os direitos presentes na declaração, gerando uma obrigação dos Estados ao seu cumprimento.

Em 1996, à Declaração Universal de Direitos Humanos juntaram-se dois pactos internacionais: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, além de dois protocolos facultativos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, constituindo a Carta Internacional dos Direitos do Homem, ressaltando-se o registro de relação direta dos direitos humanos fundamentais garantida a *" não-ingerência do Estado na esfera individual, além do reconhecimento por parte da maioria dos Estados, da consagração da dignidade humana, seja ao nível infraconstitucional, constitucional ou de direito consuetudinário ou mesmo através de convenções internacionais e tratados".* (MORAES, 2007, p. 26).

O mesmo autor deixa bem evidente que é um:

> Cunho hermnêutico que se estabelece no momento em que tais direitos são previstos, ocupando uma posição bem superior a dos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, sendo apresentadas diversas características: imprescritibilidade, os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo; inalienabilidade, não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso; irrenunciabilidade, os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia.(MORAES, 2007, p. 26).

Nesse momento, é importante destacar que as várias previsões constitucionais, mesmo imbuídas de autonomia, são detentoras de diversas intersecções, com vistas a atingir suas finalidades e complementaridade. Nesse cenário, os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados de maneira isolada, mas sim ao nível macro, objetivando o alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

Teixeira coloca, bem a contento, que a forma democrática de governo representa um instituto próprio da estrutura política do Estado moderno, com relação direta à efetiva proteção dos direitos do homem. O estudioso utiliza o referencial de Norberto Bobbio para elucidar seu posicionamento:

> Bobbio afirma categoricamente que direitos do homem e democracia são momentos obrigatórios de um mesmo movimento histórico e que 'a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos, quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais [...] É impositivo, portanto, que o Estado de Direito Democrático disponha de uma instância judiciária

> consolidada e independente, que possa ser acionada em casos de omissão ou insuficiência dos mecanismos político – institucionais de proteção de direitos. É preciso que o supracitado foro seja capaz de conferir o ideal de plenitude e os meios de garantia e proteção indispensáveis ao desiderato de materialização dos valores eleitos como fundamentais. (TEIXEIRA, 2008, p. 39/40).

Ressalta Pedro Lenza "a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável e efetivo como direito fundamental de ser humano, dentre outros dispositivos, art. 8°, 1°, e 25, 1°, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica) (LENZA, 2010, p. 799). Adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em 22.11.1969, entrando em vigor no plano internacional, em 18/07/1978, no seu art. 74, § 2°, o governo brasileiro depositou a carta de adesão à Convenção dia 25/11/1992, determinando seu cumprimento no território nacional.

A evolução histórica e socioeconômica dos direitos humanos caracterizados em gerações revelou o Meio Ambiente como um direito a ser protegido como direito humano. Percebe-se que em cada geração está ligada a titularidade de direitos, em se tratando de Meio Ambiente, percebem-se identificadores de uma titularidade coletiva com fundamento no princípio da fraternidade e da solidariedade, que norteou as nações a voltarem os olhos ao bem mais precioso do planeta – o Meio Ambiente: a vida em todas as suas formas.

Em relação ao Meio Ambiente, existem vários diplomas internacionais de grande importância que são celebrados pelo Brasil, como: a Convenção Internacional, em 1958, para a prevenção da poluição do mar por óleo; em 1925, o Protocolo de Genebra sobre proibição de emprego, na guerra, de gases asfixiantes, tóxicos ou similares e de meios bacteriológicos de guerra; em 1940, Convenção para a proteção da flora, da fauna, das belezas cênicas naturais dos Países da América; Convenção sobre pesca, em 1960.

O "prazo razoável" vem sendo considerado como incluído no rol dos direitos humanos a serem assegurados ao homem, haja vista que, há algum tempo, diplomas diversos vêm disciplinando o prazo razoável à duração dos processos, tais como a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1959 (art. 6°, I); a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto São José da Costa Rica, de 1969 (art. 8°); e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (art.47). Quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor desde 1978 e incorporada

à ordem jurídica brasileira em 1992 (Decreto n.º 678, de 6-11-1992), não passou de uma promessa, no que tange aos reclamos de celeridade processual. (BULOS, 2007. p. 546).

É nesse sentido que se diz que um processo justo combateria tamanha desigualdade, posto que, seria regido pela noção de igualdade processual entre as partes. Equidade materializada no litígio, com considerações acerca da desigualdade entre as partes e com mecanismo de compensação para alcançar o estabelecimento do equilíbrio devido num limite temporal suportado pelo bem tutelado.

O cuidado com a temporalidade do processo, com ou sem excessos, com ou sem adequação, consubstancia em garantir no plano material os direitos fundamentais, com a compatibilização do direito legislado ao efetivamente realizado, implicando em protegê-lo, o que só é passível de ser adequado se a tutela jurisdicional vier no momento correto.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, por exemplo, ao longo dos seus 50 anos de interpretação e aplicação do direito à razoável duração do processo, estabeleceu alguns critérios para alcançar o significado do disposto no art. 6.1 da Convenção Europeia. Dentro de parâmetros de avaliação e determinação de uma duração processual adequada, destaca-se a importância do objeto litigioso, que deve ser necessariamente levado em conta. Ou seja, para o Tribunal, o direito à razoável duração do Processo se relaciona especialmente com assuntos mais relevantes para as partes e para todas as demais pessoas. (TEIXEIRA, 2008, p. 124).

Há clara convicção que, ao se tratar de Meio Ambiente, esse bem tutelado deve ter a observância desse direito, pois se trata de direito fundamental, sem o qual fica impossível a garantia da qualidade de vida saudável ao indivíduo, merecendo destaque no direito fundamental a razoável duração do processo com direito a ser protegido também por essa garantia fundamental de se ter os casos relacionados a essa observância dessa garantia de prazo razoável. (TEIXEIRA, 2008, p. 124).

4 A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

No momento em que realiza processos administrativos ambientais para poder julgar os infratores, a Administração precisa colocar em observância a adequação entre meios e fins, adequando-se em julgar no prazo razoável a lesão, aplicando a sanção da forma mais rápida possível. Nesse sentido, a penalidade administrativa deve ser imposta conforme a gravidade do dano ambiental, à medida dos motivos e fatos que originaram tal dano ou ameaça dele, não devendo ficar exposta ao livre arbítrio do administrador

(discricionariedade). A importância dos princípios da proporcionalidade ligada ao da razoabilidade, o processo administrativo ambiental deve ser pautado pelo equilíbrio, bom senso, valores sociais e a legislação, não permitindo que a discricionariedade beneficie o particular por interesses que não são do interesse público. Esse deve ter a finalidade específica de proteger o meio Ambiente, que é uma das grandes finalidades do interesse público. Quando a autoridade administrativa expede uma multa, julga o particular, concede licença ambiental, não pode o administrado decidir por amizade, ou mesmo extrair dinheiro para o erário, nem beneficiar o particular, deve atender ao fim maior de sua existência que é o proteger o interesse público, atendendo o princípio da proporcionalidade e razoabilidade nas suas decisões, e, no caso Ambiental, a proteção do Meio Ambiente para garantir vida de qualidade aos cidadãos.

Por ser o Direito Ambiental um Direito Público na sua aplicabilidade, com grande intervenção e influência do Direito Administrativo, tem como base os princípios deste Direito; possuindo como referência para a proteção do Meio Ambiente o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular; e o Princípio da indisponibilidade do interesse público. A autoridade administrativa ambiental é subordinada sempre ao interesse público nas suas decisões. Quanto à indisponibilidade do interesse público, pois são indisponíveis pela autoridade ambiental, sendo como exceção a previsão legal, orientando a Administração e o particular a interpretar e compreender a indisponibilidade do Meio Ambiente e o dever de preservá-lo.

De acordo com Heraldo Vitta (2008, p. 32) no Direito Ambiental a Administração deve pautar-se pelo interesse público, baseando-se na lei. A autoridade ambiental constitui os particulares deveres jurídicos, por ato unilateral, podendo modificá-los, igualmente ou, ao mesmo tempo, impor penalidades administrativo-ambientais de maneira unilateral, lembrando-se que a ligação entre o Direito Ambiental e o Direito Administrativo traz, consigo, o princípio do direito público na consideração da aplicação das questões ambientais.

Ainda o mesmo autor (VITTA, 2008, p. 33), acrescenta a possibilidade de a autoridade administrativa ambiental impor penalidades administrativas nos particulares: "*Isto quer dizer que a sanção, aplicada pelo Poder Público, decorre do princípio da supremacia do interesse público pelo particular*", anotando a importância da aplicação de princípio da obrigatoriedade da intervenção do Estado, o que importa a necessidade de ações positivas do Poder Público,em benefício do meio ambiente, entre outras, a publicação de leis protetivas ambientais que possam concretizar o teor do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, dos princípios da prevenção, precaução, medidas que reduzam a exploração excessiva e

descontrolada dos recursos naturais. Tudo isso, realizando o desenvolvimento sustentável, em proveito das gerações presentes e futuras.

O meio ambiente deve ser sempre protegido, o que implica valer-se o ordenamento jurídico de todos os instrumentos jurídicos que podem salvaguardá-los. Nesse sentido, o Direito Ambiental, que procura defender constantemente o meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve se valer de instrumentos e normas protetivas estruturadas pelos âmbitos dos Direitos Difusos e Coletivos e do Direito Administrativo, entre outros. Nesse sentido, se destaca o princípio da proporcionalidade, na busca da ampla defesa e do devido processo legal aos atos da Administração pública; o princípio da precaução e o da prevenção, lembrando-se da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública nos seus atos e processos administrativos ambientais devem respeitar tais raízes jurídicas. É importante correlacionar tais princípios, pois a meio ambiente é um de interesse público, que se trata de direito difuso, característica maior de sua indisponibilidade, uma vez que este pertence a todos indistintamente.

O Direito Ambiental Processual deve ser regido em todos os seus atos pelos Princípios do Contraditório e Ampla Defesa (CF, art.5, LV), sendo garantido a todos o direito de se defender das infrações que lhes estão sendo imputadas de maneira justa e coerente, respeitando o direito garantido pela Constituição de se ter um processo assegurado por tais princípios.

Conforme preceitua a Carta Magna, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes". É a consagração explícita dos princípios do contraditório e da ampla defesa. De acordo com Bulos, "[...] aos quais se dirigem, indistintamente, aos acusados em geral, apesar de falar acusados em geral, não pode entender a expressão restritivamente, de sorte que só abarque os réus (imputados). A exegese do preceptivo deve abranger também os indiciados e as testemunhas" (BULOS, 2007. p. 532). Conforme ensinou Joaquim Canuto Mendes de Almeida, contraditório é "a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los" (BULOS, 2007. p. 533). Na lição de Bulos:

> Dois são os elementos da noção universal de contraditório: a bilateralidade e a possibilidade de reação. O conteúdo do princípio constitucional do contraditório é sobejamente claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes. Por isso, todos aqueles que tiverem uma

> pretensão a ser deduzida em juízo podem invocá-lo a seu favor, seja pessoa física, seja pessoa jurídica. Autores, réus, litisdenunciados, opoentes, chamados ao processo, assistentes litisconsorciais ou simples, Ministério Público também poderão valer-se do vetor enunciado pela Constituição. (BULOS, 2007. p. 533)

A grande importância desse princípio para as partes é atender a necessidade de levar aos interessados o conhecimento da existência do processo, e ensejar a possibilidade de se defenderem, de maneira justa, daquilo que lhes está sendo imputado. Com a Constituição de 1988, ampliou-se a abrangência do contraditório aos processos civil e administrativo, ressalta-se que antes da Constituição de 1988 essa garantia vinha prevista apenas em relação ao processo penal. Ainda ensina o mesmo autor que:

> O princípio da ampla defesa é o que fornece aos acusados em geral o amparo necessário para que levem ao processo civil, criminal ou administrativo, os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou, se for o caso, facultar-lhes calar-se, não produzindo provas contar si mesmo. Na verdade, trata-se do corolário do contraditório. Um existe em função do outro. (BULOS, 2007. p. 534)

É importante enfatizar que o processo administrativo ambiental é o instrumento legal pelo qual a Administração Pública, por meio da autoridade administrativa do órgão competente, impõe uma sanção ao causador do ilícito ambiental, a mesma encontra-se submetida ao regime jurídico (administrativo e ambiental), utilizando esse instrumento formal para apuração do fato que deve respeitar os princípios que lhes são próprios. Aos infratores, independente das sanções civis e penais, impõe punições administrativas. "Esta relação jurídica que se estabelece entre o Estado e o cidadão é regrada pelo Direito Administrativo que se reveste da maior parcela de importância, tantas são as situações por ele reguladas". (FREITAS, 2003, p. 28).

Desta feita resta-nos esclarecer que a responsabilidade e obrigação da apuração das infrações ambientais em processo administrativo, está especifica o § 4º, do art. 70 da Lei 9.605/98.

> Art. 70. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do Meio Ambiente.
>
> § 4º - As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.

Lembra-se, por derradeiro, que são autoridades competentes para lavrar o auto de infração ambiental e o processo administrativo os funcionários dos órgãos ambientais integrados do SISNAMA, bem como os agentes da Capitania dos Portos e Ministério da Marinha, sendo que qualquer pessoa que tiver conhecimento do auto de infração contra o Meio Ambiente poderá exigir do Estado o exercício do poder de polícia. O prazo para a administração julgar o auto de infração é de 30 dias, contados da data da sua lavratura. Os Estados e os Municípios devem editar suas próprias normas próprias, conforme a Lei Magna.

CONCLUSÃO

Os estudos a respeito da temática, ora investigada, apontam que a lesão ou ameaça ao meio ambiente tem especificidades próprias que devem servir de alerta ao Estado sobre à observância (ou não) dos prazos previstos nos dispositivos infraconstitucionais, uma vez que a extensão da proteção e, também, dos danos ao meio ambiente, dependem de cada situação enfrentada, O prazo razoável a ser observado em matéria ambiente depende, pois de situação de dano ou ameaça de enfrentadas. Observa-se que a necessidade de se entender a razoabilidade relativaao tempo daquela situação e/e dano específico, relativamente aos prejuízos que podem causar ao Meio Ambiente, portanto o prazo certo a ser considerado depende do caso concreto.

O prazo razoável do processo no Direito Ambiental, demonstra o quanto a razoável duração do processo nesse assunto é de extrema importância, na precaução, reparação e proteção do Meio Ambiente. O meio ambiente tem que ser tratado como direito fundamental do cidadão, sendo necessário uma razoável duração dos processos como uma data limite para análise de seus danos ambientais. Importante considerar que o meio ambiente, não raro, suporta uma carga do desenvolvimento da humanidade de extrema significância, além de cada vez mais necessitar de geração de novos recursos naturais, razão pela qual premente a necessidade de reflexões e ações positivas e preventivas de proteção dos recursos ambientais,

a partir do desenvolvimento sustentável, em proveito da existência digna das gerações presentes e futuras.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derecehos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do Processo**. Curitiba: Juruá, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direito ambiental**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2005.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**; pref J.J Gomes Canotilho. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELTRÃO, Antônio F.G. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Direito ambiental**. 2. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Campos, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Giustavo Gonet. **Curso avançado de direito constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 44. ed. atualizada e ampliada.São Paulo: Saraiva, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental**. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. edição revista, ampliada e atualizada até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. A Constituição e o Meio Ambiente– os princípios constitucionais aplicáveis à matéria e alguns temas correlatos. In:TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Princípios do direito processual ambiental**. 4. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, V.P. **Direito administrativo e Meio Ambiente**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa**. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade** (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Cap. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEITE, José Rubem Morato. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Saraiva, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MERLIN, Lise Tupiassu. **Sustentabilidade:** ensaios sobre direito ambiental. Jean Carlos Dias, Luciana Costa Fonseca. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém: CESUPA, 2010.
MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
PHILIPPI JR., Arlindo; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Uma Introdução ao Direito Ambiental: Conceitos e Princípios. In: _____; Alaôr Caffé Alves (org.). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, SP: Manole, 2005, v. 1.
REIS, Marisa Filomena Lima dos Reis. **Ação afirmativa e suas implicações no Brasil:** o sistema de cotas nas universidades. (Dissertação). Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará. Belém: UFPA, 2003.
SILVA, José Afonso.*Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
SIRVINKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2002.
TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. **Processo ambiental** – uma proposta de razoabilidade na duração do Processo. Curitiba: Juruá, 2008.
VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Perfis dos conceitos de bens jurídicos.**Revista de Direito Privado, Ed. Rev. Tribunais, v.37, jan/mar 2009, p. 209-241
VITTA, Heraldo Garcia. **Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2008.

Do artigo 7.º do tratado da União Europeia na situação da Polónia

Dora Resende Alves[1]

Carlos Filipe Gonçalves Trindade[2]

RESUMO: A União Europeia está alicerçada em determinados valores comuns, devidamente consagrados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, particularmente o Estado de direito. Trata-se de um dos princípios de base que decorre das tradições constitucionais comuns de todos os Estados-Membro da União, sendo um dos valores primordiais, pelo que a sua violação colocará em causa a União Europeia. Então, é de extrema importância, para o nosso trabalho, definirmos e entendermos o Estado de direito como um dos princípios fundamentais da União. O Estado de direito, bem como todos os valores elencados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia, deverão ser garantidos pela Comissão juntamente com o Parlamento Europeu, os Estados-Membro e o Conselho. A violação de um dos princípios nucleares da União, como é o caso do Estado de direito, poderá levar a Comissão a acionar os mecanismos consagrados no artigo 7.º do Tratado da União Europeia, sendo este artigo 7.º o objeto do nosso estudo e análise bem como os mecanismos aí previstos. Estes mecanismos não poderão ser acionados sem que a Comissão dê cumprimento às três fases: "Apreciação da Comissão"; "Recomendação da Comissão" e "Seguimento da Recomendação da Comissão". Nunca a Comissão tinha desencadeado o mecanismo do artigo 7.º do Tratado da União Europeia. Contudo, viu-se recentemente, obrigada a acionar tal mecanismo contra a Polónia.

Palavras-chave: União Europeia; Comissão Europeia; Estado de Direito; valores comuns; mecanismo preventivo; mecanismo da sanção; Polónia.

ABSTRACT: The European Union is founded on certain common values duly enshrined in article 2 of the Treaty on European Union, in particular the rule of law. This is one of the basic principles that derives from the common constitutional traditions of all the Member States of the Union and is one of the primary values and their violation will call into question the European Union. It is therefore of the utmost importance for us to define and understand the rule of law as one of the fundamental principles of the Union. The rule of law and all the values listed in article 2 of the Treaty on European Union must be guaranteed by the Commission together with the European Parliament, the Member States and the Council. Violation of one of the Union's core principles, such as the rule of law, could lead the Commission to trigger the mechanisms set out in article 7 of the Treaty on European Union, this article 7 being the subject of our study and analysis as well as mechanisms provided for therein. These mechanisms can not be triggered unless the Commission

[1] *Doutora e Investigadora em Direito. Universidade Portucalense Infante D. Henrique*

[2] *Estudante de Direito. Universidade Portucalense Infante D. Henrique*

complies with the three phases: "Commission assessment"; "Commission Recommendation" and "Follow-up to the Commission Recommendation". Never before has the Commission unleashed the mechanism of article 7 of the Treaty on European Union. However, it has recently been obliged to bring such a mechanism against Poland.

Keywords: European Union; European Commission; Rule of Law; common values; preventive mechanism; sanction mechanism; Poland.

Sumário: Introdução; 2. Aplicação do artigo 7.º do TUE; 2.1. Mecanismo da Prevenção; 2.2. Mecanismo da Sanção; 2.3. Intervenção do Conselho; 2.4. Intervenção do Parlamento Europeu; 3. Controlo Jurisdicional; 4. Situação da Polónia; Conclusão.

Introdução

Depois de duas Guerras Mundiais, os países europeus mostraram ao mundo uma capacidade imensa para dialogar, e tal veio a constituir-se na maior experiência de cooperação e integração do mundo, ou seja, a soberania partilhada entre diversos países. Desta forma, surge o maior grupo económico do mundo, a atual União Europeia. Esse bloco oficialmente criado na Europa com grande desenvolvimento, através do Tratado de Maastricht, em 1992 tendo como embrião o Mercado Comum Europeu ou Comunidade Económica Europeia (CEE), criada em 1957.

Com a evolução da União Europeia, surge uma forma ímpar de aproximar vários países europeus. A União Europeia tem documento constitutivo, moeda única, assembleia, e outros órgãos colegiais, o que fez com que os Estados integrantes da União Europeia passassem a ter os mesmos objetivos e os mesmos fins.

Na sua génese, a União Europeia tem por base os valores de liberdade, democracia, e respeito dos direitos do homem e não discriminação. São estes valores que se pedem aos países que pretendam integrar e aos que já integram esta comunidade, pelo que o incumprimento destes poderá conduzir à suspensão dos seus direitos de membros da União. No entanto, os valores comuns da União, nomeadamente o Estado de direito, encontram-se ameaçados por alguns Estados-Membros, mais concretamente a Polónia, foco deste estudo. Como prevenção e forma de proteger os valores comuns, foi introduzido nos tratados os mecanismos do artigo 7.º do Tratado da União Europeia.

É neste artigo 7.º, do Tratado da União Europeia, que recai o nosso estudo, ou seja, nos mecanismos que podem ser desencadeados aquando da verificação de uma violação dos valores comuns da União que poderão levar a uma rotura da confiança e coesão da União e de ligação dos Estados-Membros. Mas, antes de proceder à análise deste mesmo artigo

iremos procurar definir o que entendemos por Estado de direito, uma vez que este é um dos valores nucleares da União Europeia. Procuraremos seguidamente analisar em concreto os mecanismos contidos nesse mesmo artigo, bem como identificar quais os órgãos europeus que podem lançar mão destes mecanismos para garantir o cumprimento dos valores a que estão vinculados os Estados-Membros.

Este nosso estudo tem como objetivo analisar os mecanismos previstos no artigo 7.º do TUE e como a Comissão desencadeou, contra a Polónia, os mecanismos aí previstos pelo facto de ter sido colocado em causa os valores comuns do Estado de Direito da União Europeia.

1. Estado de Direito

O Estado de direito pressupõe uma vinculação do poder político à proteção de um conjunto de direitos fundamentais, destinados a garantir aos cidadãos a efetivação dos valores civis, políticos, económicos, sociais, culturais e jurídicos. Neste sentido elevou-se o princípio da separação de poderes[3]. Este princípio pressupõe a sua preservação através da lei fundamental mas também pela atuação e estatuto dos titulares dos cargos públicos. O Estado de direito é um denominador comum das tradições constitucionais europeias modernas. Os Estados organizaram-se como Estados de Direito Democráticos[4]. De direito porque subordinam o seu funcionamento e organização à lei e ao direito, democráticos pois abriram-se à participação dos cidadãos, ao pluralismo e à alternância do poder.

A União Europeia, vinculada a um conjunto de direitos fundamentais, está alicerçada em valores comuns, os quais estão consagrados no artigo 2.º do TUE, dando-se realce ao respeito pelo Estado de direito. A definição de Estado de direito, valor intrínseco da União, construído também pela Comissão de Veneza[5], a qual se apoia no artigo 2.º do TUE para dizer que o Estado de direito terá que observar determinados princípios: a legalidade; a segurança jurídica; tribunais independentes e imparciais; e a igualdade perante a lei. O Estado de Direito é tido como a pedra angular de qualquer democracia, é um dos princípios base dos Estados-Membros, constituindo um dos valores fundamentais da União.

Deste modo, é exigido e é da competência da Comissão Europeia garantir o respeito pelo direito da União tendo em conta os princípios basilares. Para além desta competência a

[3] Tal princípio vem consagrado na Constituição da República Portuguesa nos artigos 111.º, como limite material ao poder de revisão, e alínea j) do artigo 288.º.
[4] De acordo com os artigos 2.º e 9.º da Constituição da República Portuguesa, o Estado Português é um Estado Social e Democrático de Direito.
[5] Em https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation .

Comissão, juntamente com o Parlamento Europeu e os Estados-Membros, é responsável por garantir os valores comuns da União. Tendo em conta as suas responsabilidades, a Comissão, em 11 de março de 2014, adotou uma comunicação intitulada "Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de Direito". Esta adoção permite à Comissão agir perante indícios claros de uma ameaça sistémica ao Estado de direito num Estado-Membro da União. Por outro lado, orienta a Comissão para um diálogo, com os Estados-Membros em causa, por forma a prevenir a ameaça ao Estado de Direito. Tal diálogo tem como objetivo evitar o desencadeamento do recurso ao "procedimento do artigo 7.º do TUE", tido para muitos autores como "Bomba Atómica".

Se a adoção, por parte da Comissão Europeia, desta comunicação foi tão significativa e preponderante então teremos que saber em que situações é que deverá ser acionado o quadro Estado de direito.

O quadro do Estado de direito sendo acionado contra um Estado-Membro terá que respeitar três fases. Na primeira fase, "Apreciação da Comissão", esta procede à recolha e análise das informações significativas, avaliando se há ou não uma clara ameaça sistêmica ao Estado de direito. Se desta análise resultar a existência da referida ameaça, a Comissão deverá proceder à abertura de um diálogo com o Estado-Membro. Para tal, a Comissão deverá enviar um parecer, que poderá ser o resultado de uma troca de correspondência e da realização de reuniões, sobre o Estado de Direito onde fundamente claramente as suas preocupações, mas dando sempre a possibilidade do contraditório ao Estado-Membro.

Numa segunda fase, "Recomendação da Comissão", caso persista a ameaça sistémica, a Comissão poderá emitir uma Recomendação sobre o Estado de direito dirigida a esse Estado-Membro. Nesta Recomendação a Comissão deverá indicar e fundamentar os motivos da sua preocupação e recomendar o Estado-Membro, a resolver os problemas identificados, estipulando um prazo para que se efetive essa mesma resolução. Face a esta medida, o Estado-Membro deverá informar as medidas a adotar para por termo aos problemas identificados como ameaça sistemática ao Estado de Direito.

Na terceira e última fase, "Seguimento da recomendação da Comissão", a Comissão acompanha e verifica se o Estado-Membro seguiu as recomendações indicadas por esta. Todo este processo assenta num diálogo entre a Comissão e o Estado-Membro. Findo o prazo estipulado pela Comissão, se não houver um seguimento satisfatório, aí sim, é possível lançar-se mão do artigo 7.º do TUE. Este procedimento poderá ser acionado através de uma proposta fundamentada de um terço dos Estados-Membros, pelo Parlamento Europeu ou pela Comissão.

Sendo o Estado de direito um dos princípios fundamentais dos Estados democráticos então esse princípio deverá assegurar a independência do sistema judicial. Por outro lado, o Estado de direito é um dos valores fundamentais da União Europeia, de acordo com o artigo 2.º do TUE. Se estes valores cruciais da UE forem colocados em risco ou violados, poderá aplicar-se o mecanismo descrito no artigo 7.º do TUE.

2. Aplicação do artigo 7.º do TUE

O artigo 7.º do TUE foi introduzido pelo Tratado de Amesterdão em 1997 e adotou a sua configuração atual com o Tratado de Nice em 2003. Atualmente, devido às alterações/revisões que se materializaram, prevê a possibilidade de um Estado-Membro, que viole gravemente os princípios consagrados no artigo 2.º do TUE, " *[…] da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem […]*"[6] ser suspenso da participação nas instituições da União. Tal preceito tem como objetivo, de acordo com Mesquita, "*declarar e, se tal for o caso, sancionar, uma violação qualificada – uma violação séria e persistente, por um Estado-Membro, dos valores previstos no artigo 2.º do TUE*"[7].

Este artigo 7.º não abrange somente a aplicação do direito da União, ele abre caminho a que a União possa intervir não só em casos de violação dos valores comuns mas também em caso de violação num domínio de competência de um Estado-Membro.

O artigo 7.º do TUE prevê dois instrumentos de resposta da UE, um com dimensões preventivas, e outro com dimensões mais severas, isto é, com medidas sancionatórias.

2.1. **Mecanismo da Prevenção**

Quanto ao primeiro mecanismo, o da prevenção, este consiste em procurar evitar a violação grave dos valores fundamentais elencados pelo artigo 2.º do TUE, através de uma constatação da existência de uma evidência clara da violação desses princípios.

A fase de verificação tem início através de uma proposta devidamente fundamentada de um terço dos Estados-Membros, o Parlamento Europeu ou a Comissão. O Cálculo de um terço dos Estados-Membro será efetuado excluindo dessa mesma votação o Estado em causa, e o Parlamento Europeu adotará a proposta se for obtida uma maioria de dois terços dos votos expressos, o que representará a maioria dos deputados que compõem o Parlamento Europeu[8].

[6] Artigo 2.º do Tratado da União Europeia.
[7] MESQUITA, MJR – *in* UNIO – *EU Law Journal*. Vol. 3, Nº 1, Janeiro 2017, p. 85.
[8] Cfr. Artigo 354.º do TFUE e artigo 83.º nº 3 do Regimento do Parlamento Europeu.

A decisão final sobre a existência de um risco claro da violação grave dos valores comuns é da competência do Conselho, o qual deve aprovar a decisão através de uma maioria de quatro quintos dos seus membros mas necessitando da aprovação do Parlamento.

Após o procedimento, o Estado-Membro em causa, não será tido em cálculo para a avaliação dos quatro quintos dos membros do Conselho. Mas é sempre dada a oportunidade ao Estado-Membro para apresentar as suas observações ao Conselho se entender que essas são convenientes. Ouvido o Estado-Membro em causa, o Conselho pode dirigir-lhe recomendações.

Por último o mecanismo da prevenção prevê uma monotorização pelo Conselho no sentido de se verificar se as razões que levaram ao risco sistémico ainda estão vincadas, ou se eventualmente foram sanadas pelo Estado-Membro que colocou em causa os valores comuns. Se o Estado-Membro, alvo da monotorização por parte do Conselho, sanou a violação dos valores comuns então, o Conselho poderá modificar ou revogar as medidas sancionatórias que eventualmente tenha aplicado. Mas se a violação sistémica for efetiva, isto é, sem que o Estado-Membro tenha adotado medidas para colocar um términus nessa violação, poderá ser aplicado o mecanismo sancionatório previsto no nº 2 do artigo 7.º do TUE.

O Parlamento Europeu, dentro das suas competências, conferidas pelo mecanismo da prevenção poderá adotar recomendações contrárias ao Conselho.

A introdução deste mecanismo nos Tratados "obrigou" as instituições europeias a estarem numa permanente vigilância sob os Estados-Membros para que dessa forma tente observar os possíveis sinais de um risco de violação sistémica. Para tal, tem sido notório o papel preponderante que a Comissão tem desempenhado.

Estes dois instrumentos ou mecanismos de resposta são prévios à entrada em vigor do Tratado de Lisboa. As sanções a aplicar a um Estado-Membro, nomeadamente a suspensão de direitos, já estavam previstas no Tratado de Amesterdão. Este Tratado consagrou o respeito dos direitos do homem e da democracia como condição de pertença à União. Mas, é com o Tratado de Nice que se vai consagrar a possibilidade de se adotar uma recomendação, bem como verificar, a existência de um risco manifesto da violação dos valores comuns. O Tratado de Nice também introduziu a noção de risco, para permitir a intervenção preventiva da União.

2.2. O Mecanismo da Sanção

Este mecanismo é muito idêntico ao da prevenção, no entanto apresenta algumas diferenças devido à gravidade da situação e às possíveis consequências. O mecanismo sancionatório consiste na aplicação de sanções ao Estado-Membro que violou de forma persistente os princípios comuns da União constantes do artigo 2.º do TUE. Este mecanismo está previsto nos números 2 a 4 do artigo 7.º do TUE e prevê uma fase de verificação e uma segunda fase opcional a da sanção.

Relativamente à fase da verificação, à semelhança do mecanismo anteriormente abordado, este mecanismo tem início com uma proposta de um terço dos Estados-Membro ou da Comissão. Contrariamente ao que acontece no mecanismo da prevenção, este não confere competência de iniciativa ao Parlamento, no entanto este não está impedido de lançar mão de uma das suas competências, o poder de controlo para exigir politicamente uma ação do Conselho. Esta incapacidade ou ilegitimidade do Parlamento em dar início ao processo sancionatório não é impeditivo de que este tenha um papel preponderante neste processo, pois a sua aprovação será necessária para o ato de verificação grave e persistente, podendo assim impedir o Conselho de adotar este ato.

O procedimento de verificação da existência da violação grave e persistente contém duas diferenças de extrema importância por comparação com o mecanismo de prevenção. A primeira diferença está patenteada na instituição que tem o dever de verificar esta situação, ou seja, para este mecanismo é estabelecido que é competente o Conselho Europeu em vez do Conselho. A segunda diferença está nas condições para a verificação, onde é requerida uma unanimidade para que seja aprovado o mecanismo. Estas duas diferenças vincam a gravidade e a complexidade patenteadas pelo início deste mecanismo sancionatório e pelas suas consequências.

A fase sancionatória será também facultativa e será imposta pelo Conselho por maioria qualificada especial, seguindo os termos vertidos na alínea b) do nº 3 do artigo 238.º do TFUE. A sanção residirá na suspensão de determinados direitos decorrentes da aplicação dos Tratados, incluindo o direito de voto do representante do Estado-Membro no Conselho.

Para além do procedimento há ainda que dar destaque a dois aspetos que derivam da fase da sanção. O primeiro diz respeito à total discrição que o Conselho tem para determinar que tipo de sanção, dado que o número 3 do artigo 7.º do TUE não prevê qualquer critério para a sua adoção para além da suspensão do direito de voto, sendo esta uma sanção máxima. Quanto ao segundo aspeto, recai sobre o equilíbrio entre o exercício da censura em relação

ao Estado-Membro requerido e a proteção dos cidadãos e pessoas coletivas, como a pena imposta ao Estado em causa pode produzir um efeito extremamente negativo sobre os cidadãos e/ou sobre as pessoas coletivas de Estado. Queremos com isto dizer que, a aplicação de sanções poderá acarretar a perda de benefícios importantes decorrentes das disposições dos tratados.

Por último, após a imposição da sanção, o Conselho poderá decidir, através da mesma maioria qualificada especial, modificar ou revogar a referida sanção em resposta às eventuais mudanças que se venham a efetuar e que levaram a adotar a sanção. Não é de todo conveniente ignorar o papel do Parlamento, mesmo não tendo competência para acionar o mecanismo sancionatório, o seu regimento dá-lhe a possibilidade de apresentar uma proposta de resolução complementar, autorização prévia da Conferência dos Presidentes, em que inclui pontos de vista sobre a violação grave, as sanções impostas e / ou a sua modificação ou revogação se for caso disso.

Por vezes, este artigo 7.º do TUE é associado tão e somente à possibilidade de se suspender um determinado Estado-Membro, o que faz com que seja, muitas vezes, adjetivado de "cláusula de suspensão". Mas, este artigo conjugado com o artigo 354.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia (TFUE) tem como objetivo possibilitar às instituições da UE mecanismo que viabilizem asseverar o respeito, por parte de todos os Estados-Membro, pelos valores, que estão devidamente, consagrados no artigo 2.º do TUE.

De acordo com Mesquita[9], a Comissão tem competência para acionar o mecanismo do artigo 7.º do TUE desde 2003.

No entanto, somente em 2014 com a aprovação da Comunicação já citada anteriormente, é que a Comissão ficou vinculada enquanto "guardiã dos Tratados"[10] o que faz com que os Estados-Membros também estejam vinculados a esse novo quadro.

O artigo 7.º atribui assim uma competência de intervenção à União distinta da que atribui aos Estados-Membros, no que diz respeito ao esguardo dos valores fundamentais.

Deste modo, os Estados-Membros da UE não estão imunes a que seja acionado o mecanismo previsto no artigo 7.º do TUE, isto se estiver em causa a violação dos valores nucleares da União. Este "novo quadro", por um lado, vem permitir que a Comissão tenha uma maior clareza e uma maior previsibilidade em ações que possa vir a adotar no futuro e por outro assegura que todos os Estados-Membros são tratados de igual forma. Todas as

[9] MESQUITA, MJR – *in* UNIO – *EU Law Journal*. Vol. 3, Nº 1, Janeiro 2017, p. 86.
[10] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, Estrasburgo 11.03.2014, COM (2014) 158 final, p. 2.

instituições da UE têm um papel a desempenhar na promoção e manutenção do Estado de direito na União Europeia. Tal princípio, levou a que, em dezembro de 2014, o Conselho e os Estados-Membros se obrigassem a estabelecer um diálogo anual entre todos os países da UE no Conselho para promover e salvaguardar o Estado de direito. Desta forma, este *""novo quadro" é complementar e prévio ao processo por incumprimento qualificado consagrado no artigo 7º do TUE"*[11].

Para que haja uma aplicação do artigo 7.º do TUE é necessário que estejam reunidas as condições de fundo atinentes à violação ou ao risco de violação, pois as condições são desiguais para o mecanismo da prevenção e o mecanismo da sanção. No primeiro poderá ser acionado em caso de risco manifesto de violação grave, enquanto no segundo só poderá ser aplicado caso se efetive uma violação grave e persistente dos valores da União.

O quadro jurídico da aplicação do artigo 7.º exige medidas operacionais consistentes que viabilizem um acompanhamento persistente para que se cumpram e respeitem os valores comuns da União.

2.3. **Intervenção do Conselho**

O artigo 7.º do TUE, atribui liberdade ao Conselho para que este proceda a uma apreciação em relação ao risco manifesto de violação grave bem como à existência de uma violação grave e persistente, devendo determinar, tendo em conta a proposta apresentada pelo Parlamento Europeu, por um terço dos Estados-Membros ou pela Comissão. Antes de proceder à verificação da violação, por parte do Estado-Membro, o Conselho deve ouvir o Estado-Membro em causa podendo sempre dirigir-lhe recomendações de modo a que esse país coloque cobro à violação dos princípios comuns da União.

O nº 3 do artigo 7.º do TUE indica-nos que após uma constatação da gravidade e da persistência da violação, o Conselho poderá optar por aplicar sanções muito embora não esteja obrigado.

O artigo 7.º apresenta uma solução diplomática para resolver as situações graves e persistentes dos valores e princípios fundamentais da União, que possam ocorrer num determinado Estado-Membro. O poder de apreciação do Conselho está sujeito a um controlo do Parlamento Europeu, isto é, antes da decisão final do Conselho, o Parlamento Europeu deverá emitir um parecer favorável. Só depois deste parecer favorável é que o Conselho estará em condições de poder decidir.

[11] MESQUITA, MJR – *in* UNIO – *EU Law Journal.* Vol. 3, Nº 1, Janeiro 2017, p. 87.

2.4. **Intervenção do Parlamento Europeu**

Como já vimos anteriormente, o instrumento de acionar o mecanismo do artigo 7.º do TUE, que os Estados-Membros, o Parlamento Europeu e a Comissão possuem, deriva desse mesmo artigo e poderá ser acionado em ações dos Estados-Membros que violem os valores comuns da União, ou seja, o Estado de direito. Mas, o Parlamento Europeu é dotado de outras modalidades de controlo, sendo certo que ele tem um papel preponderante no que concerne à aplicação do mecanismo do artigo 7.º do TUE, isto pelo facto de este ter de dar a sua aprovação antes do Conselho determinar se existe ou não um risco manifesto da violação dos valores comuns da União Europeia. Por outro lado, também é exigível o consentimento do Parlamento Europeu se tivesse sido solicitado junto dos Chefes de Estado e de Governo, para que determinassem a existência de violação dos princípios comuns da União.

De acordo com o artigo 269.º do TFUE[12] este tem competências para se pronunciar sobre as ações de incumprimento, ou seja, pelos processos desencadeados quando um Estado-Membro não respeita os valores da União. Sendo a violação dos valores constatada, o Estado-Membro deve corrigir a situação, não o fazendo corre o risco de lhe ser intentada uma segunda ação e lhe ser decretada uma multa.

Em suma, poderemos dizer que o Parlamento Europeu centra o seu controlo nas ações dos Estados-Membros suscetíveis de se tornarem uma ameaça sistémica aos valores da União, nomeadamente os elencados no artigo 2.º do TUE.

3. ***Controlo jurisdicional ao artigo 7.º do TUE***

O artigo 269.º do TFUE vem estabelecer o papel do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no que diz respeito aos mecanismos do artigo 7.º do TUE. É conferido ao Tribunal de Justiça o poder de decidir, unicamente sobre a legalidade de determinado ato adotado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho de acordo com este artigo. O TJUE poderá pronunciar-se sobre os atos de encontrar um risco evidente de violação grave e violação grave e persistente, estabelecidos nos números 1 e 2 do artigo 7.º do TUE. No entanto, esta competência está condicionada ao seu exercício devido ao pedido do Estado-Membro sujeito à constatação e limitar-se-á às disposições processuais estabelecidas no supra

[12] Artigo 269º TUE – "*O Tribunal de Justiça é competente para se pronunciar sobre a legalidade de um ato adotado pelo Conselho Europeu ou pelo Conselho nos termos do artigo 7. o do Tratado da União Europeia apenas a pedido do Estado-Membro relativamente ao qual tenha havido uma constatação do Conselho Europeu ou do Conselho e apenas no que se refere à observância das disposições processuais previstas no referido artigo".*

citado artigo. A norma inclui a exigência temporária de um mês para fazer tal solicitação, a contar da verificação, e concede um mês ao Tribunal para se pronunciar, a partir da data do peticionado. É de realçar este facto, uma vez que é uma exigência temporária, ou seja, inferior à exigência ordinária de recursos em processos semelhantes, onde esse prazo é de dois meses[13], o que revela o limitado escopo jurisdicional que o artigo 7.º do TUE tem dado.

4. ***Situação da Polónia***

De acordo com o artigo 9.º da Constituição polaca[14], a República da Polónia deve respeitar o Direito internacional e os seus valores a que está vinculada, por outro lado o artigo 10.º da Constituição polaca reflete a separação de poderes. Ora, a Comissão desde 2015, mais concretamente desde novembro, vinha mostrando as suas preocupações relativamente ao Estado de direito na Polónia[15]. Tais preocupações por parte da Comissão, rapidamente se distenderam a diversos intervenientes europeus, como foi o caso da Comissão de Veneza, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, o Conselho Consultivo dos Juízes Europeus, entre outros. Mas também, surgiram preocupações internacionais, mais concretamente por parte Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, o Relator Especial das Nações Unidas para a Independência dos Juízes e dos Advogados.

Em dezembro de 2017, a Comissão decidiu acionar o mecanismo do artigo 7.º do TUE contra a Polónia. Esta decisão vem na sequência da Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2017[16], onde este organismo manifesta que é importante respeitar os valores europeus comuns constantes do artigo 2.º do TUE, pelo que reitera a posição que manifestou nas suas anteriores resoluções, a saber: a de 13 de abril de 2016 e de 14 de

---

[13] Cfr. artigo 263.º do TFUE

[14] http://www.cossw.pl/file/redir.php?id=5603

[15] Contexto específico: A Comissão veio, ao longo dos últimos anos, mais precisamente desde 2015, a apresentar sinais de preocupação com a independência do Tribunal Constitucional polaco, pelo facto de o partido de extrema-direita local, Leis e Justiça (PiS), ter levado a cabo um conjunto de alterações legislativas. Para efetivar tais políticas, o novo governo, por um lado, aprovou leis[15] de modo a fragilizar a independência do Tribunal Constitucional e, por outro, aumentou o controlo estatal sob os meios de comunicação social de propriedade pública, executando alterações específicas e isoladas mas com o potencial de afetar o Estado de direito. Esta mudança de paradigma político provocou mutações, começando a impor-se um clima "antieuropeu" e "anti-imigração" e procurando uma fusão do poder judicial com o executivo. Todas essas mudanças fizeram com que, desde novembro de 2015, a Comissão voltasse os olhos para a Polónia mantendo com esta um diálogo permanente e prova disso são as quatro recomendações emanadas por esse órgão. Acontece que, os governantes polacos não deram uma resposta cabal às recomendações feitas pela Comissão o que conduziu, em dezembro de 2017, a Comissão Europeia a ativar o artigo 7.º do Tratado da União Europeia (TUE). Se o princípio do Estado de direito é um dos valores fundamentais da União, então é de todo fundamental perceber e entender esse mesmo princípio.

[16] *Decisão da Comissão de acionar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE relativamente à situação na Polónia* – Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2017, sobre a situação do Estado de direito e da democracia na Polónia-(2017/2931(RSP)) - P8_TA-PROV(2017)0442 .

setembro de 2016. Por outro lado, e nesse sentido, o Parlamento mostra-se particularmente preocupado em face da célere evolução legislativa, levada acabo pelos governantes polacos, sem que para o efeito tenham realizado as consultas adequadas nem terem levado acabo uma revisão constitucional independente e legítima. Considera assim, que subsiste um risco elevado *"[...] de ataques sistemáticos aos direitos humanos fundamentais, aos controlos e equilíbrios democráticos, bem como ao Estado de direito […]*[17]. Manifesta ainda, uma profunda preocupação em face da nova legislação atinente ao sistema judicial polaco, no sentido de esta comprometer a independência judicial enfraquecendo desse modo o Estado de direito na Polónia. Pelo que, insiste no sentido de o Parlamento e Governo polacos aplicarem as recomendações efetuadas pela Comissão de Veneza, abdicando de qualquer reforma que ponha em risco o Estado de Direito, mais concretamente a independência do sistema judicial.

As preocupações constantes, por parte da Comissão, levaram a que esta solicitasse a intervenção do Conselho, ou seja, que este se pronunciasse quanto à situação de ameaça sistémica ao Estado de direito, existente na Polónia. O Conselho tomou em consideração, na sua análise, as preocupações explanadas pela Comissão mas também o facto de as autoridades polacas não terem adotado e implementadas as exortações constantes da Recomendação de 27 de julho de 2016 e nas Recomendações de 21 de dezembro de 2016 e de 26 de julho de 2017. O Conselho também não deixou de considerar na sua análise/decisão a Recomendação de 20 de dezembro de 2017, a qual teve como fim dar a última oportunidade, aos governantes polacos, para que estes adotassem e implementassem as recomendações decretadas na dita. Contudo a Polónia não adotou nem tão pouco implementou as medidas recomendadas no prazo estabelecido nessa última recomendação.

Por outro lado, o diálogo que se estabeleceu, desde 13 de janeiro de 2016, entre a Comissão e as autoridades polacas não foi frutífero, ou seja, não permitiu atenuar as preocupações por nós já enumeradas anteriormente.

Na sua decisão, o Conselho é perentório em afirmar que existe um risco manifesto de violação grave, por parte da Polónia, ao Estado de Direito. No seguimento de tal asseveração, o Conselho recomenda às autoridades polacas que tomem medidas, num prazo de três meses, a contar da notificação.

[17] Idem – ponto 2, p. 6.

A iniciativa de acionar o artigo 7.º do TUE, vem a ser aprovada, em plenário, a 1 de março de 2018, pela resolução do Parlamento Europeu[18]. Nessa resolução, no seu ponto um, o Parlamento Europeu congratula-se com a decisão, tomada pela Comissão a 20 de dezembro de 2017, de ativar o artigo 7.º do TUE.

No ponto dois, dessa mesma resolução, o Parlamento Europeu convida o Conselho a agir de forma célere dando cumprimento ao estabelecido no nº 1 do artigo 7.º do TUE[19].

Sendo certo que, as autoridades polacas procederam a alterações legislativas que foram e são uma ameaça sistêmica, no entendimento da Comissão, ao Estado de direito, será que, acionar os mecanismos previsto no artigo 7.º do TUE é o melhor caminho a seguir pela Comissão? Será que a aplicação deste artigo é a mais correta ou será que a Comissão deveria aplicar o artigo 258.º do TFUE?

Nos termos do artigo 258.º do TFUE, a Comissão poderá lançar um procedimento de infração se constatar que o Estado-Membro não cumpriu com as obrigações que lhe são incumbidas por força dos Tratados a que está vinculado. Tal preceito normativo tem "*demonstrado ser um instrumento importante para dirimir certas preocupações em matéria de Estado de direito"*[20]. Mas a discussão que se levanta relativamente a este preceito normativo é que o mesmo só poderá ser lançado pela Comissão quando as suas preocupações constituam, "*simultaneamente, uma infração a uma disposição específica do direito da União Europeia. Existem situações que suscitam preocupações e que não são abrangidas pelo âmbito de aplicação do direito da UE, não podendo assim ser consideradas como uma infração às obrigações decorrentes dos Tratados, muito embora representem uma ameaça sistémica ao Estado de direito. Nestas situações, podem ser aplicáveis* ***os mecanismos de prevenção e de sanção previstos no artigo 7.º do TUE****"*[21].

A União Europeia está fundada em democracias e em Estado de direito pelo que a sua sobrevivência depende do cumprimento dos seus valores. Se os Estados que pretenderam e pretendem ingressar na União Europeia preencheram um dos requisitos, o Estado de direito, parece-nos de todo incoerente e desafiador que um desses Estados (Polónia), através de significativas alterações legislativas, regressem ao sistema autoritário que viveram no passado. É então legítimo que a União Europeia tenha mecanismos que a

[18] *Decisão da Comissão de acionar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE relativamente à situação na Polónia* – Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de março de 2018, sobre a decisão da Comissão de ativar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE no que respeita à situação na Polónia (2018/2541(RSP)) – P8_TA-PROV(2018)0055 .

[19] No nº 1 do artigo 7.º do TUE.

[20] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, Estrasburgo 11.03.2014, COM (2014) 158 final, p. 5.

[21] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, Estrasburgo 11.03.2014, COM (2014) 158 final, pp. 5-6.

possibilite tratar e lidar com os casos de violação dos valores fundamentais. Certo é que a União Europeia nunca utilizou o artigo 7.º do TUE como forma de garantir que todos os países da União respeitem os valores comuns.

O procedimento aberto contra a Polónia, nos termos do novo quadro, aprovado pela Comissão, em que resultou em diversas negociações com este Estado-Membro para corrigir as ações que se verificaram incompatíveis com os valores nucleares da União, não chegaram a bom porto tendo culminado com a aplicação do artigo 7.º do TUE. Entretanto, não se fizeram tardar as críticas e interrogações acerca das decisões tomadas pela Comissão, isto em virtude de, a par do caso da Polónia existir um outro caso, o da Hungria.

Este Estado-Membro também adotou políticas que são incompatíveis com os valores comuns da União[22]. Então porquê a Polónia e não também a Hungria? Alguns especialistas não se rogam em atribuir questões políticas a esta decisão da Comissão. O facto de o governo húngaro pertencer ao Partido Popular Europeu, o qual tem mais governos no seio da União contrariamente ao governo polaco que faz parte de um grupo político conservador com menos governos dentro da União. Assim, poderá ser entendido que a Comissão lançando mão dos mecanismos do artigo 7.º do TUE, contra a Hungria, teria uma enorme dificuldade obter uma concordância por parte dos Estados-Membros cujos governos são afetos ao Partido Popular. Se tal facto tiver algum fundamento, por mais pequeno que seja, demonstra que a União Europeia terá que proceder a uma mudança nas suas atitudes uma vez que a defesa pelo Estado de direito não pode estar associado, ou mesmo dependente, se determinado Estado-Membro tem um governo de esquerda ou de direita. Assim, existindo a violação do Estado de direito, em mais do que um Estado-Membro, o tratamento dado e os mecanismos utilizados deverão pautar-se por um princípio de igualdade.

A Comissão Europeia encetou esforços e aquilatou, junto das autoridades polacas, por forma a Polónia dar cumprimento às obrigações que emanam do artigo 19.º, n.º 1, do TUE, em conjugação com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Devido à inflexibilidade e obstinação das autoridades polacas a Comissão decidiu intentar, junto do Tribunal de Justiça da UE, a 24 de setembro de 2018, uma ação contra a Polónia em virtude de esta ter violado de forma inequívoca o princípio da independência judiciária, dando assim cumprimento ao previsto no n.º 3 do artigo 260.º do TFUE. Foi solicitado também, ao Tribunal de Justiça, que fossem adotadas medidas cautelares e que se

[22] Em julho e setembro de 2015, o Parlamento húngaro aprovou uma série de alterações relacionadas, em particular, com a lei do asilo, o Código Penal, o Código do Processo Penal, a legislação sobre as fronteiras, a legislação policial e a lei de defesa nacional.

restabeleça a situação em que o Supremo Tribunal da Polónia se encontrava à data da legislação impugnada, ou seja antes de 3 de abril de 2018. A Comissão solicitou ainda celeridade neste processo por forma a obter-se uma decisão final e definitiva o mais rápido possível.

A comissão considerou e considera que a legislação polaca, respeitante ao Supremo Tribunal de Justiça, não é de todo compatível com o direito da UE pois viola claramente o princípio da independência do poder judicial e a inamovibilidade dos juízes.

A ação intentada pela Comissão vem na sequência, mais uma vez, de uma troca de correspondência[23] entre a Comissão e as autoridades Polacas sem que as mesmas produzissem efeitos positivos e conseguissem sanar as preocupações jurídicas da Comissão. Assim, o objetivo da Comissão é que através da ação intentada no Tribunal de Justiça as autoridades polacas venham a dar cumprimento e assegurem o cumprimento do direito da UE.

Conclusão

Não há dúvida que os valores comuns da União, nomeadamente o Estado de direito, são valores tidos como nucleares para a coesão e estabilidade da União Europeia. A sua ameaça por parte de um ou mais Estados-Membros, levada a cabo por pérfidas opções legislativas dos seus governantes, coloca em causa a confiança mútua entre os Estados-Membros da União Europeia e os respetivos ordenamentos jurídicos.

Assim, como antevidência deste tipo de situações, a introdução dos mecanismos preventivo e sancionatório, do artigo 7.º do Tratado da União Europeia, surgiram como forma de precaução de uma hipotética ameaça sistémica por parte de um Estado-Membro.

Curiosamente é que, até à data de 20 de dezembro de 2017, este artigo 7.º nunca tinha sido acionado, independentemente de alguns Estados-Membros terem tido comportamentos/atitudes incompatíveis com os valores comuns da União.

Analisar e entender o artigo 7.º do Tratado da União Europeia, é compreender que os Estados-Membros, estando vinculados a determinados valores comuns, estão sujeitos a uma fiscalização permanente por parte dos órgãos da União. Não respeitar esses valores poderá desencadear um dos dois mecanismos do artigo 7.º, sendo da responsabilidade da

[23] Notificação às autoridades polacas a 2 de julho de 2018 e um parecer fundamentado enviado a 14 de agosto de 2018.

Comissão, juntamente com o Parlamento Europeu, os Estados-Membros e o Conselho, garantir os valores comuns.

Referências Bibliográficas

Artigo "*Estado de direito na Polónia: o procedimento do artigo 7º do Tratado da EU paso-a-passo"* - Parlamento Europeu, 27/02/2018 às 17:05h, Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/eu-affairs/20180222STO98434/estado-de-direito-na-polonia-o-procedimento-do-artigo-7-o-passo-a-passo Acesso a 13/04/2018 às 22:12h.
Artigo "Os cidadãos da União e os seus direitos" – Parlamento Europeu, 03/2018 Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_4.1.1.html Acesso a 15/04/2018 às 22:15h.
Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o artigo 7.º do Tratado da União Europeia: respeito e promoção dos valores em que a União assenta, Bruxelas, 15.10.2003 COM (2003) 606 final.
Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, Estrasburgo 11.03.2014, COM (2014) 158 final.
Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um novo quadro da UE para reforçar o Estado de direito*, Estrasburgo 11.03.2014, COM (2014) 158 final.
Decisão da Comissão de acionar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE relativamente à situação na Polónia – Resolução do Parlamento Europeu, de 1 de março de 2018, sobre a decisão da Comissão de ativar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE no que respeita à situação na Polónia (2018/2541(RSP)) – P8_TA-PROV(2018)0055.
Decisão da Comissão de acionar o artigo 7.º, n.º 1, do TUE relativamente à situação na Polónia – Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2017, sobre a situação do Estado de direito e da democracia na Polónia- (2017/2931(RSP)) - P8_TA-PROV(2017)0442.
MERIDA, L. E. A*rtículo 7 Del TUE y su Aplicación Práctica: Análisis Histórico y Jurídico*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2015-2016.
MESQUITA, MJR – *in* UNIO – *EU Law Journal*. Vol. 3, Nº 1, Janeiro 2017
Processo 294/83, «Les Verts»/Parlamento Europeu, Coletânea 1986.
Proposta fundamentada ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia relativa ao Estado de Direito na Polónia - Proposta de decisão do Conselho relativa à verificação da existência de um risco manifesto de violação grave, pela República da Polónia, do Estado de direito; COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE), Bruxelas, 20.12.2017.
Recomendação (UE) 2016/1374 da Comissão de 27 de Julho de 2016 relativa ao Estado de Direito na Polónia.
Tratado da União Europeia, Versão Consolidada – Jornal Oficial da União Europeia, C 202/13, 7.6.2016 PT.
Tratado de Lisboa - Anotado e Comentado. Cord. PORTO, M.L. e ANASTÁCIO, M. Edtion ed.: Edições Almedina, S.A., 2012. 1460 p. ISBN 9789724046136.
Tratado do Funcionamento da União Europeia, Versão Consolidada – Jornal Oficial da União Europeia C 202/47 7.6.2016 PT.

A atual problemática envolvendo a tetralogia do direito e sua vinculação às constituições democráticas

Caroline Buarque Leite de Oliveira*

Resumo: Dentre os aspectos da tetralogia do direito, quais sejam: legitimidade, validade, vigência e efetividade da norma jurídica, imperioso questionar nos dias atuais o que mudou desde os ideais constitucionais, passando-se pela criação dos Tribunais Constitucionais, com a inserção de direitos e garantias fundamentais, o neoconstitucionalismo, o pós-positivismo, o ativismo jurídico, o pluralismo jurídico, e ainda, uma politização do Poder Judiciário. Até que ponto a tetralogia permanece inerte a essas questões? Ou mudou para adaptar-se às necessidades das questões inerentes à justiça de um Estado Democrático? Baseado em pesquisas bibliográficas e metodologia dedutiva, o trabalho aborda as questões inerentes à vinculação da tetralogia do direito ás constituições democráticas.
Palavras-chave: Tetralogia do Direito; Constituições Democráticas; Justiça.

Abstract: One of the aspects of the tetralogy, which are: legitimacy, validity, validity and effectiveness of the rule of law, we must question these days what has changed since the constitutional ideals, the creation of Courts Constitutional, with the insertion of fundamental rights and guarantees, the neoconstitucionalismo, post positivism, legal activism, legal pluralism, and a politicization of the Judiciary. To what extent these issues remain inert tetralogy? Or changed to adapt to the needs of the issues inherent in the Justice of a democratic State? Based on bibliographic and researchers, and written by used one deductive methodology, the work discourses the issues involved in the binding of the tetralogy the right at democratic constitutions.
Keywords: Tetralogy of law; Democratic Constitutions; Justice.

* *Mestranda / Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Advogada. Autora de Livro. Mediadora Judicial e Extrajudicial de Conflitos por empresa autorizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Conciliadora Voluntária da Seção Judiciária de Maceió da Justiça Federal de Alagoas. Pós Graduanda em Direito Processual, Cursista do Preparatória para Magistratura e Residência Jurídica pela Escola de Magistratura de Alagoas – ESMAL. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade UNIDERP-Anhanguera-MS.*

Sumário: 1. Introdução. 2. Legitimidade x Constituição 3. Validade x Constituição. 4. Vigência x Constituição. 5.Efetividade x Constituição. 6. A influência do Constitucionalismo na teratologia do direito. 7. As questões da tetralogia do direito trazidas por Luigi Ferrajoli. 8. Conclusões.

1. Introdução

Após o período da Primeira Guerra Mundial, diante das atrocidades cometidas naquela época, surgiram os Tribunais Constitucionais, idealizados por Hans Kelsen. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, muitas constituições incorporaram os Tribunais Constitucionais em seu ordenamento jurídico, e assim, passou-se a ter uma norma hierárquica mais forte, resguardada por um Tribunal criado para fiscalizar e manter as demais normas em coerência com a Lei Maior: a Constituição. O que veio também depois a acontecer com a Constituição Portuguesa.

Além disso, não só na Europa, mas em outros países do mundo, foi uma época em que muitos direitos fundamentais passaram a ser inseridos nas constituições dos países, e cada vez ganharem mais força e proteção. Assim, a positivação de muitos direitos passou a fazer parte de uma Lei dotada de supremacia sobre as demais, garantindo ao homem, cada vez mais a tutela estatal no cerne de questões envolvendo direitos inerentes à igualdade, liberdade, vida, entre tantos outros.

Acrescentam-se ainda nas Constituições, os princípios, que são espécies de norma, conforme ensina Robert Alexy. Temos norma-regra e norma-princípio, em que a primeira é o dever-ser, e a segunda é justamente dotada de uma abstração maior, devendo-se ter sua interpretação de modo a perfilhar maior eficácia aos direitos fundamentais. No cerne dessa questão de direitos e princípios, apesar de não existir uma hierarquia aparente, quando se trata da dignidade da pessoa humana, verifica-se um valor axiológico maior em relação a outras regras ou princípios.

2. Legitimidade x Constituição

A não inércia dos tempos fez e mantem o homem e a sociedade em constante evolução. Cada vez surgem novas necessidades, sejam no âmbito civil, no âmbito empresarial, no âmbito comercial; enfim, nos diversos ramos do Direito. A vida em um

mundo globalizado, as questões econômicas, as relações entre países, e ainda, o mundo cibernético requerem uma reinvenção do Direito e uma adequação cada vez mais rápida.

E é justamente nesse mundo de imperativos urgentes, os quais as normas positivadas não conseguem acompanhar: a chamada "crise do Direito Contemporâneo". Isso porque nos países democráticos, e no caso também de Portugal, as leis são criadas pelo Poder Legislativo, ou seja, a competência para elaborar a norma é dos representantes do povo, e não do Poder judiciário, evitando o tão temido "governo de juízes", delineado por Hans Kelsen.

Insta destacar, que por muitas vezes a evolução normativa não consegue acompanhar a evolução e a necessidade de normas por parte de uma sociedade. Isso acontece porque as normas são elaboradas pró-futuro, e os julgamentos são feitos no presente com as normas que estão vigentes.

Acaba-se tendo, inevitavelmente, juízes que "legislam", ou ainda, que tentem fazer uma interpretação com base na Constituição, haja vista que sua supremacia requer muitas vezes que o julgador termine editando sentenças intermédias, e assim, parte de uma determinada norma seja considerada inconstitucional com base na Constituição de um país. Em Portugal, apenas dois anos após o Tribunal Constitucional entrar em efetivo funcionamento, foram julgados casos em que o juiz passou a ser a "boca da lei".

Complicado justamente é adequar a "tetralogia do direito" a Constituições Democráticas. É importante demonstrar a carência do positivismo em relação à legitimação do direito e da sociedade, que faz uso de suas garantias.

No íntimo da problemática suscitada, verifica-se, pois, que decisão deve tomar o julgador: esperar que a norma seja editada pelo legislador democrático e talvez fazer perecer o direito daqueles que procuram a Justiça, ou emitir a sentença de modo a corrigir a "injustiça" e vincular sua motivação aos direitos e garantias fundamentais previstos nas constituições democráticas? São inúmeras questões que se poderiam levantar, porém deixaremos para a conclusão do trabalho as demais críticas a serem feitas e algumas respostas a tais questionamentos.

3. Validade x Constituição

Insta relembrar que várias teorias são relevantes para o estudo da validade da norma, especialmente, a de Kelsen, a de Hart e Radbruch. Dessa forma, imperioso se faz resumir a conclusão trazida por Robert Alexy, que aduz:

> "O direito é um sistema normativo que formula uma pretensão à correção, consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção." (ALEXY, 2011, p. 151).

Ora, pela definição supra, podemos verificar a relação da validade inerente à "tetralogia do direito" e às constituições. Ao falar numa constituição socialmente eficaz, infere-se a validade da própria constituição. E consequentemente, a validade de todo um ordenamento jurídico, que também deve obedecer às normas da constituição. Finalizando-se com a principiologia, que deve ser usada de subsídio para o aplicador do direito.

A problemática da vinculação às constituições democráticas está justamente no fato de quando uma norma possui uma injustiça extrema, o julgador, como já mencionado no início do capítulo, pode tomar uma decisão numa lide que envolva direitos fundamentais, que termine por afetar o papel do legislador. Ou seja, por um lado "o sistema de freios e contrapesos" dos Poderes ficaria afetado e magistrado terminaria por legislar, para garantir a eficácia dos direitos e/ou princípios fundamentais.

A questão da justeza no cerne da validade da norma é muito sutil, pois em qualquer momento podemos ter decisões que contraponham à teoria da validade da norma, mas que se vinculem às constituições democráticas pelo lado da defesa dos direitos fundamentais, e gere uma dicotomia pelo lado da interferência no princípio da separação de poderes.

Neste caso, o mais importante é a solução do julgador baseada proporcionalidade em sentido estrito, atribuindo-se valores a cada um dos princípios colidentes.

Em relação à questão de se ter uma norma socialmente eficaz no sentido da validade pertinente à tetralogia e sua conexão com às constituições democráticas, podemos ainda fazer uso dos ensinamentos do Professor Manuel Valente[1], que em seu livro Consumo de Drogas, defende que para aplicar a norma aos usuários de drogas, deva haver uma justificativa, sendo

[1] O autor traz justamente uma crítica à normas de uso generalizado, defendendo um modelo de aplicação da norma baseado nas Constituições Democráticas, e deixando aberto trabalhos futuros que venham a trazer soluções eficazes ao assunto. A pertinência com a tetralogia está justamente nessa questão da validade da lei 30/2000, que o autor critica no livro Consumo de Drogas. VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Consumo de Drogas: Reflexões Sobre o Quadro Legal.** Coimbra**:** Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6690.

necessário a existência de uma conexão "fato-valor", e que seja analisada toda uma questão sociológica para que exista um devido processo penal justo e com base no modelo garantista.

4. Vigência x Constituição

Sabe-se que independente da validade e legitimidade, outra vertente da "tetralogia do direito" é justamente relacionada à vigência da norma. Dessa forma, a validade não é garantia de vigência, nem a legitimidade. Pode existir uma norma válida e legitima, porém que não está vigente no ordenamentos jurídico, ou seja, não pode ser utilizada e nem produzir efeitos.

Muitas vezes esse período de *vacatio legis* deixa uma lacuna normativa em que o julgador termina por ter que utilizar critérios normativos que podem até prejudicar as partes, pois, entra-se num conflito: durante a vacância, deve-se utilizar a lei a ser revogada pela nova lei, ou aplicar a nova lei que ainda não produz efeitos jurídicos? Ora, deve o aplicador da lei fazer uso da norma anterior até porque ainda não houve sua revogação.

Dessa forma toda norma vigente é válida e somente uma norma válida pode ser vigente. No cerne dessa questão verifica-se a relação da vigência normativa com as constituições democráticas, justamente pelo fato de sua relação com a validade jurídica da norma, que é pressuposto para vigência.

Uma vez atendidos os requisitos formais e matérias de validade de uma norma, esta estaria, teoricamente, em consonância com a constituição de um país, que estabelece os requisitos aceca da forma (quem pode editar a norma; a autoridade competente para fazê-lo). Em relação ao requisito material, deve-se justamente verificar se a norma está consoante a constituição, caso contrário já apresenta requisito de validade não atendido, pois deve o conteúdo normativo seguir o que orienta às constituições democráticas. Assim, não pode o legislador, ainda que seja a autoridade competente, editar uma norma em Portugal, que venha, por exemplo, a ferir direitos fundamentais.

Ou seja, por mais que uma norma tenha legitimidade, e esteja vigente, sua validade no caso dos países em que há a vinculação da tetralogia do direito às constituições democráticas, fica condicionada ao atendimento dos requisitos constitucionais, sejam eles em termos de processo legislativo de edição da normativa (formal), ou seja, em termos de requisitos de validade material: compatibilidade da norma legítima e vigente aos preceitos constitucionais do Estado Democrático. Afinal, não só a norma, mas a própria constituição representa democraticamente a vontade de um povo, pois são normas editadas por legisladores que representam o povo de um país.

5. Efetividade x Constituição

A efetividade normativa é sem sombra de dúvidas o fator de maior relevância na tetralogia do direito quando nos referimos a ligação dessa teoria com as constituições democráticas, mais precisamente pelas questões relacionadas à eficácia técnica, fática e social, relacionada justamente com a possibilidade de produzir efeitos jurídicos de forma concreta.

Imperiosos destacar que muitas vezes há normas, inclusive constitucionais, que são de conteúdo programático, ou seja, dependem da edição de alguma lei ou ainda, de ato do poder executivo para que realmente possa produzir os efeitos jurídicos para o qual foi criada. Essa relação com a constituição pode gerar justamente uma não produção de efeitos enquanto tal condição não seja satisfeita. É o caso em que a eficácia técnica não é atendida. Neste caso, é visível que apesar da legitimidade, validade e vigência da norma editada, esta não possui efetividade, ou seja, ela existe no mundo jurídico de forma não efetiva, pois não é utilizada com o propósito pela qual foi criada.

Do mesmo jeito ocorre em relação à eficácia social, pois esta se relaciona diretamente com a sociedade. Caso uma determinada norma não seja usual para sociedade, seja ignorada e sequer exista alguma sanção para quem não cumpri-la, a mesma torna-se ineficaz pelo simples fato da sociedade não respeitar a norma jurídica. A tetralogia termina não acontecendo pela carência da efetividade social. Seria muitas vezes o caso de uma norma que tem legitimidade, validade, está vigente, mas caiu em desuso social, e ainda que esteja em consonância com à constituição federal democrática, tem a sua tetralogia comprometida.

6. A influência do Constitucionalismo na teratologia do direito

Conforme tratado inicialmente, foi o período Pós Guerra que fez nascer e renascer os direitos previstos nas constituições de muitos países. Como consequência, houve osurgimento do neoconstitucionalismo[2] e o nascimento do Estado Constitucional de

[2] Segundo Dirley da Cunha Júnior, o período pós-segunda guerra mundial culminou na necessidade de um direito constitucional que tivesse como base fundamental a dignidade da pessoa humana, dando-se origem então a teoria do neoconstitucionalismo, que marca a mudança do "Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito". CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2016, 1230p. ISBN 978-85-442-0684-3, p. 35. Imperioso os ensinamentos de Luís Roberto Barrosos quanto ao neoconstitucionalismo: "[...] novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se seu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco

Direito[3]. A Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico normativo, "de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas dependiam não só de sua forma de produção, como também, da compatibilidade de seus comandos com princípios e regras constitucionais"[4].

A atuação do Poder Judiciário vem então a ter maior valor para a manutenção da ordem política e pública, pois seria preciso fiscalizar a atuação estatal, frente à supremacia da Constituição. De tal sorte, que a concepção de um juiz com "poder nulo" defendido por Montesquieu, cede lugar ao chamado "legislador negativo"[5] defendido por Hans Kelsen.

O Judiciário passa a garantir e proteger a Ordem Constitucional, devendo então, quando no exercício do controle constitucional de normas, expurgar do ordenamento jurídico dos Estados, as normas que estivessem em desacordo com a Constituição[6]. Isso significaria dizer que atuaria de forma negativa ao retirar a norma supostamente

filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito."

[3] Segundo Luís Roberto Barroso, "No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica". A Lei Maior, dotada de supremacia na ordem jurídica, passa a ser o elemento cerne limitador de leis e atos normativos, e de caráter imperativo nos ditames dos deveres estatais. "[...] como tal, entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais". BARROSO. Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p. ISBN 978-85-02-22804-7. p. 436.

[4] "Os actos normativos só estão em conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais". CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed., 18 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2016, 1522p. ISBN 978-972-40-2016-5, p. 890. Há de considerar a Constituição como o centro do sistema jurídico, com "força normativa, eficácia jurídica vinculante e obrigatória". Recorda-se que o após a segunda guerra mundial as Constituições passaram a trazer positivados os direitos dos indivíduos e também, a trazerem uma carga de valor, de tal forma que existe uma "supremacia" da Constituição. CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2016,1230p. ISBN 978-85-442-0684-3, p. 35.

[5] Segundo Kelsen, e sua teoria de que os Tribunais Constitucionais seriam legisladores negativos, "Do ponto de vista teórico, a diferença entre um tribunal constitucional com competência para cassar leis e um tribunal civil, criminal e administrativo normal é que, embora sendo ambos aplicadores e produtores do direito, o segundo produz apenas normas individuais, enquanto o primeiro, ao aplicar a Constituição a um suporte fático de produção legislativa, obtendo assim uma anulação da lei inconstitucional, não produz, mas elimina uma norma geral, instruindo assim o *actus contrarius* correspondente à produção jurídica, ou seja, atuando como legislador negativo". *Apud* MARQUES, Antônio Silveira - **Jurisdição constitucional e soberania do povo**. [Em linha]. [Consult. 01 dez 2017]. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113012.pdf

[6] Nesse sentido, ensina o jurista português Canotilho que:" Se não se pode contestar que o princípio do *judicial review* reconhece apenas aos tribunais o poder de constatar a nulidade de uma noma legal contrária à constituição e desaplicá-la no caso concreto, e que o controlo concentrado e abstracto é fundamentalmente (Kelsen) uma <<legislação negativa>> [...] eliminadora das normas não compatíveis com a constituição [...]"[6]. CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7 ed., 18 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2016, 1522p. ISBN 978-972-40-2016-5.

inconstitucional do ordenamento jurídico, entretanto, de maneira positiva, ao permitir "nascer" a norma ou "parte da norma" que seria constitucional.

Essa necessidade em se criar um órgão supremo que protegesse e resguardasse a Constituição e sua supremacia é uma questão antiga. Foi justamente no cenário que urgiu a necessidade de criar-se um órgão de "heterocontrolo", onde existisse uma daqueles órgãos que possuíssem alguma representatividade política[7].

E é justamente nesse cenário que surge a justiça constitucional para garantir os direitos fundamentais previstos nas constituições democráticas, especialmente para as minorias. Foi em meio a essa discursão de quem deveria ser o guardião da Constituição para fazer valer a justiça constitucional, que se travou um dos embates mais relevantes na história entre dois dos constitucionalistas mais famosos da história: o alemão Hans Kelsen e o austríaco Carl Schmitt.

Conforme mencionado anteriormente, Kelsen defendia a ideia de um órgão independente, capaz de analisar se as leis estavam em conformidade com a constituição, seguindo o chamado "legislador negativo", por ele assim denominadas. Era a criação de um Tribunal Constitucional que foi consolidado em 1920 na Áustria, marcando "a autonomia da justiça constitucional" para Hans Kelsen.

Por outro lado, Carl Schmitt, em oposição à teoria Kelsiana, defendia que a "justiça constitucional" na medida em que se desse autonomia a um órgão para atividades com natureza político-jurídica, ou seja, retirar do sistema normas consideradas inconstitucionais, que fora criadas pelos legisladores, seria algo contraditório, pois para ele esta tarefa de decidir sobre a "justiça, "se traduzia na decisão de uma concreta situação da vida com base numa lei"[8]

Segundo Carl Schmitt, era que deveria existir um órgão político soberano, que viesse antes do poder constituinte e qualquer que fosse a lei, inclusive àquelas constitucionais, ou seja, para ele, um órgão político era quem deveria decidir tais questões de constitucionalidade ou não de lei, e ser dotado de plenos poderes, para justamente "garantir a justiça constitucional" vista sob uma ótica política, que fosse capaz justamente de manter o Estado Democrático.

---

[7] CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. 2016. 401p. ISBN 978-972-40-6676-9. pp. 93-98.

[8] ***Idem***. p 100.

[108] "Para Schmitt "em lugar de um Tribunal com roupagem de formas judiciais, decide com mais dignidade uma instância política, algo como um <<Senado>>, a exemplo das Constituições napoleônicas, que previam um determinado <<*Sénat conservateur*>> para a defesaa da Constituição." ***Idem. Ibdem***

7. As questões da tetralogia do direito trazidas por Luigi Ferrajoli

Sabemos que não há como separar a política de todas as questões jurídicas. Tanto o é assim, que num Estado Democrático de Direito, os legisladores são representantes do povo, escolhidos para elaborar a leis, que deverão garantir direitos e estabelecer deveres em determinado Estado, para que seu próprio povo cumpra.

Nesse sentido da intervenção Estatal, vale trazer à tona os ensinamentos do italiano Luigi Ferrajoli, que propõe o seguinte:

> "(i) revisão da teoria da validade, diferenciando validade/material e vigência/formal das normas jurídicas; (ii) distinção entre as dimensões da Democracia entre formal e substancial, tendo os Direitos Fundamentais como índice; (iii) ratificação do lugar de garante do magistrado em uma Democracia mediante a sujeição do juiz à lei, não mais pela mera legalidade, mas da estrita legalidade, na qual a validade da norma (princípio e regra) devem guardar pertinência material e formal com a Constituição da República; e (iv) revisão do papel crítico da ciência jurídica não mais com a missão exclusivamente descritiva, mas acrescentando contornos críticos e de projeção ao futuro. Supera, assim, a noção meramente técnica, a saber, reconhecer a responsabilidade do ator jurídico e não singelo aplicador da norma." (FERRAJOLI, 2007)

Analisando as propostas de Ferrajoli, verifica-se muito do que já foi discorrido ao longo da vinculação da tetralogia do direito à constituição democrática. Percebe-se facilmente, que a Constituição é a norma mais importante e fundamental do país, e que as demais normas devem estar em consonância com sua ordem formal e material.

8. Conclusões

Ao longo do presente capítulo percebemos que não há como separar a tetralogia do direito das discursões jurídico-políticas, especialmente quando tratamos de vincular a tetralogia às constituições democráticas. O fato é tão marcante, que o debate entre Kelsen e Schmitt é histórico; nada recente. Porém, totalmente aplicável à realidade vivida pelo mundo da "justiça constitucional hodierna"

Outro fato notável é verificado quando o italiano Ferrajoli tenta com a defesa seu garantismo, justamente colocar a Constituição em seu devido lugar, ou seja, como "núcleo

fundamental", que traga além de direitos, garantias e deveres fundamentais, limitações políticas necessárias a convivência social num Estado Democrático de Direito e a garantia de uma "justiça constitucional".

Falar de legitimidade, vigência, validade e efetividade da norma jurídica sem aliar essa chama "tetralogia do direito" às constituições democráticas, seria como estabelecer normas em branco, pois em nos Estados Democráticos de Direito, onde o povo espera de seus representantes a produção e fiscalização das leis e seu cumprimento por parte do Judiciário, há de haver um "respeito" à ordem maior e interna do país que é a Constituição.

O povo espera a garantia e a efetividade dos seus direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional. Não há mais como separar as normas, sejam elas de que áreas forem de sua vinculação com as constituições democráticas.

Da mesma forma, no mundo de hoje, não há como esperar a passividade dos julgadores e julgamentos demasiadamente demorados e muitas vezes injustos e divergentes dos direitos consagrados democraticamente nas constituições. Hoje o juiz deixou de ser mero aplicador da lei, para ser intérprete, para garantir que essa tetralogia esteja em consonância com a constituição, observando-se sempre os limites de não "invadir" os demais Poderes, no caso, o Legislativo.

Nesse cenário de vinculação à constituição muito se critica, pois, hodiernamente temos não apenas em Portugal, mas fazendo uso do direito comparado, também no Brasil, uma "tetralogia do direito" um tanto quanto comprometida.

Como conclusão do presente capítulo e possíveis estudos futuros, hoje, no Brasil, muito se discute sobre a teoria dos precedentes judiciais. O Novo Código Civil, que recentemente completou dois anos em vigor, trouxe essa novidade, como uma forma de garantir uma justiça mais célere e uma equidade nos julgamentos, ou seja, uma maior "justiça constitucional".

Apesar de ser um instituto novo no país, muito se questiona seu uso, em virtude do Brasil ser um país do *Civil Law*, e a teoria dos precedentes ser importada do *Commom Law*. Ficam então as reflexões: será que os agora os nossos legisladores usarão toga? Será que os magistrados estariam usurpando a função do legislador eleito democraticamente pelo povo para representa-lo? Ou será realmente que a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no Brasil, seria uma forma de garantia de justiça? E em Portugal, a edição de sentenças intermédias pelo Tribunal Constitucional, não foi antagônica em relação aos preceitos constitucionais daquele país?

A atual problemática envolvendo a tetralogia do direito e sua vinculação às constituições democráticas

Por fim, termino o presente estudo trazendo as palavras do nobre doutrinador e Professor Doutor Manuel Guedes valente, quando diz que: "É preciso entender e nos conscientizarmos de que sem uma justiça – justa (legítima, válida, vigente e efetiva) – não temos democracia e muito menos Direito."

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert - **Conceito e Validade do Direito**. Organização: Ernesto Garzón Valdéz... [et al]. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. ISBN: 978-85-7827-163-3.

ALEXY. Robert - **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. ISBN 978-85-392-0073-3.

BARROSO. Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p. ISBN 978-85-02-22804-7

BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, ISBN 85-3521-561-1.

BONAVIDES, Paulo - **Ciência Política**. 10ª. ed. rev., São Paulo: Malheiros, 2010, ISBN 85-7420-0239.

CANOTILHO, J. J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7ª. ed., 18ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2016-5.

CORREIA, Fernando Alves – **Justiça Constitucional**. Coimbra: Almedina. 2016. 401p. ISBN 978-972 40-6676-9.

CASTRO, Bernardo – As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional. Coimbra: Almedina. 2016. 175p. ISBN 978-972-40-6651-9.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa, Lisboa: LeYa, 2016, ISBN 978-972-47-50729.

CRUZ. Álvaro Ricardo de Souza Cruz - **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. ISBN 85-7308-705-6.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: JusPODIVM, 2016, 1230p. ISBN 978-85-442-0684-3,

FERRAJOLI, Luigi - **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 8520319556.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma disusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Vols. I e II. Bari: Laterza, 2007.

KELSEN, Hans - - **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, ISBN 9788578272050

LIMA. Erick Noleta Kirk Palma - **Entre o Constitucionalismo e a democracia: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil**. [Em linha]. [Consult, 10 dezembro 2017]. Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/15810/1/2014_ErikNoletaKirkPalmaLima.pdf

MARQUES, Antônio Silveira - **Jurisdição constitucional e soberania do povo**. [Em linha]. [Consult. 01 dez 2017]. Disponível em http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113012.pdf.
NOVAIS, Jorge Reis – **Em defesa do tribunal constitucional: uma resposta aos críticos.** Coimbra: Almedina. 2014. ISBN 978-972-40-5825-2.
VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Consumo de drogas: reflexões Sobre o quadro legal.** Coimbra**:** Almedina, 2016. ISBN: 978-972-40-6690.

Limites à generalização da Jurisprudência como fonte do direito

Helena do Passo Neves[1]

Ana Cristina Augusto Pinheiro[2]

RESUMO: O presente estudo tem como objeto os limites da jurisprudência portuguesa e brasileira, como de fonte do Direito, tomando como referência os sistemas de precedentes de origem anglo-saxônica e do sistema do Civil Law. Com o pressuposto de que o exame da jurisprudência na atualidade requer análise em perspectiva de sua evolução, definiu-se como objetivo específico analisar a atuação das cortes no julgamento dos casos concretos em ambos os países mencionados, inclusive a utilização de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Como pano de fundo, assume-se que a adequada fundamentação das decisões judiciais requer compatibilidade na aplicação dos princípios constitucionais em sintonia com sólida teoria hermenêutica do Direito, tendo em vista garantir a integridade e coerência do sistema, bem como a garantia do acesso à justiça e o afastamento do perigoso ativismo judicial. Do ponto de vista metodológico, trata-se de estudo descritivo, cujas fontes abarcam doutrina, legislação e jurisprudência pertinente ao objeto da reflexão e seus desdobramentos na efetividade da prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência. Lei. Fontes. Precedentes.

ABSTRACT: The present study has as object the limits of Portuguese and brazilian jurisprudence, as source of law, taking as reference the previous systems of Anglo-Saxon and the Civil Law system. With the assumption that the examination of the case law at present requires prospective analysis of your evolution, we defined as specific goal the analyze of the role of the trial of cases in both countries listed, including the use of precedent in the Brazilian legal system. From the methodological point of view, this is descriptive study, whose sources include doctrine, legislation and case law pertinent to the object of reflection, and their consequences thinking about the effectiveness of the jurisdictional garanty.

KEYWORDS: Jurisprudence. Law. Sources of rights.

[1] Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, especialista em Direito e Processo Civil, mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda da Universidade do Minho. E-mail: helenapneves@hotmail.com

[2] Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Especialista em Direito Civil e Processo Civil. E-mail: krispinheiro@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente estudo examina os limites da jurisprudência (e dos precedentes), como fonte do Direito, nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. A opção pelo tema decorre das controvérsias doutrinárias atuais acerca da conveniência da aplicação dos precedentes à solução apropriada a cada caso concreto. Como se comentará nos próximos capítulos, o Direito caminha *pari passu* com a evolução da sociedade, numa relação dialética, que envolve mútua influência. No que diz respeito às fontes do direito, há consenso entre estudiosos do tema que a trajetória evoluiu de um "sistema" consuetudinário, baseado em costumes e valores hegemônicos no seio social.

Em continuidade, no intuito de reduzir o poder discricionário e arbitrário do soberano, sentiu-se a necessidade de criar um conjunto de regras a serem aplicadas na solução de conflitos. Essa foi a raiz da criação das constituições, que contêm princípios, preceitos e normas orientadas à garantia da igualdade de todos perante a lei, não raro incluindo procedimentos que devem nortear a aplicação das leis pelos magistrados.

Levando a reflexão para o contexto em que se situa o objeto do presente estudo, cumpre registrar que ambos os países mencionados, ainda no Século XX, enfrentaram sistemas políticos autoritários os quais, quando superados, ensejaram a formulação de novas constituições que garantem direitos individuais e coletivos, a dignidade da pessoa, a isonomia e igualdade, bem como o devido processo legal, entre muitos outros importantes avanços, que fogem aos propósitos do presente estudo.

Ocorre que, com a expansão e reconhecimento de direitos a todos os cidadãos, os tribunais têm sido instados a pronunciar-se sobre um volume ampliado de conflitos individuais e coletivos. Nessa circunstância, uma das demandas sociais mais frequentes diz respeito à morosidade na prestação jurisdicional e à insegurança jurídica, provocada por decisões diferentes para casos supostamente idênticos.

Para enfrentar esses óbices, alguns sistemas adotam o mecanismo de precedentes oriundos da jurisprudência para nortear a decisão do magistrado na solução do caso concreto levado ao tribunal em que atua.

Mas, como se mencionou, o direito avança como processo, em paralelo com a evolução de valores, princípios e demandas da sociedade, o que não se desenvolve sem dissensos e debates acalorados.

Diante dessa breve notícia da evolução das fontes do direito e considerando debates doutrinários acerca dos precedentes como fonte do direito, o presente artigo se dirige a responder às seguintes questões:

Quais os fundamentos legais e doutrinários para o emprego de precedentes como fonte do direito, na prestação jurisdicional em Portugal e no Brasil?

Os precedentes oriundos da jurisprudência são suficientes para a garantia do princípio do devido processo legal, tal como previsto constitucionalmente, em Brasil e Portugal?

Num balanço entre a agilidade na solução de conflitos levados aos tribunais e a garantia do devido processo legal qual critério deve prevalecer?

1. CONCEITO E IMPORTANCIA DAS FONTES NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO

O estudo das fontes do Direito pode ter vários direcionamentos, como sua origem, embasamento de validade das normas jurídicas. Na acepção vulgar, fonte tem o sentido de nascente de água; figuradamente, indica de onde algo provém algo.

Por seu turno, a expressão "fontes do Direito" tem inúmeros significados, conceituações e classificações.[3] Sob o ponto de vista sociológico, indica todo acontecimento da vida social, pois o Direito nasce do fato social; já o sentido axiológico faz referência ao direito enquanto justo e normativo, ao passo que, em sentido técnico, fonte normativa é o núcleo permanente e inexaurível de produção de Direito objetivo.[4]

Do ponto de vista protocolar, os enunciados normativos são entidades linguísticas, eis que a norma contém o sentido expresso e a distinção é importante: uma norma pode ser expressa por mais de um enunciado.[5]

Na acepção formal, o Direito envolve conflitos submetidos a um órgão próprio, o que se denomina juridicidade. Fontes representam elementos de formação ou revelação do direito objetivo, não se identificando com norma propriamente dita, eis que constituem realidades distintas. A afirmação de que a lei é a única fonte do Direito positivo atual, coloca o poder do Estado acima de todas as outras instituições sociais.

---

[3] ROCHA, Joaquim Freitas da, **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos**, Portugal: Coimbra editora, 2008, p. 90

[4] Op. Cit., Pág. 91

[5] ROCHA, Joaquim Freitas da, **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos**, Portugal: Coimbra editora, 2008, p. 123

Em sentido mais amplo, segundo José de Oliveira Ascenção, fontes do Direito são modos de formação e revelação da regra jurídica, levando em consideração os fatos sociais[6]. Apenas com a superação do conceito tradicional, torna-se viável enfrentar as limitações, perplexidades e contradições geradas pela redução do direito ao aspecto normativo.

O nomeado autor estabelece a relação com a fontes comunitárias (regulamentos, e diretrizes), em razão da integração de Portugal à Comunidade Europeia, o que afasta a ideia de estudo meramente interno das fontes.

Para autores como Eduardo Garcia Máynes[7], há fontes materiais, formais e históricas, sendo que as formais representam a exteriorização do Direito. As fontes materiais dependem de investigação de causas sociais, que influenciaram na edição da norma jurídica, matéria que é objeto da Sociologia do Direito. As fontes históricas são formadas por documentos jurídicos e convenções coletivas do passado que, graças a sua sabedoria e aplicabilidade, continuam a influir na legislação contemporânea. O autor em tela ressalta que as fontes formais são como o leito do rio, ou canal, por onde correm e se manifestam as fontes materiais.

Mas, é pertinente assinalar que a teoria das fontes sofreu transformação nos últimos anos.[8] A lei escrita passou a ser "fonte primária" e exclusiva, eis que as demais cumprem função acessória, no caso de lacunas.

Nessa circunstância, o julgador recorrerá à hetero ou auto-integração; ou seja, busca da solução fora ou dentro do ordenamento jurídico. Quando são aplicados os princípios gerais de direito, equidade, caracteriza-se a fonte delegada, pois a lei autorizou a integração.[9]

1.1 A elaboração da norma jurídica e jurisprudência como fonte do Direito

Conforme lição de Miguel Reale[10], fontes do Direito abarcam as origens e processos de criação da norma positiva, com força vinculativa erga omnes e com ampla vigência e eficácia. Envolvem, portanto os fatos, valores, elementos derivados da dinâmica social, psicológica, econômica, histórica que propiciam o surgimento de normas aplicáveis a todos os cidadãos.

---

6 ASCENÇÃO, José de Oliveira, **O Direito. Introdução e Teoria Geral**, Portugal: Almedina, 2005, p. 256
7 MÁYNES, Eduardo Garcia, **Introdución al estúdio Del derecho,** México: Porrua, 1968, p. 51
8 GROSSI, Paolo, **Mitologie giuridiche della modernità,** Milano: Giuffrè, 2001, p. 97
9 ROCHA, Joaquim Freitas da, **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos**, Portugal: Coimbra editora, 2008, p. 138
10 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 144

O dilema político-constitucional é identificar, dentre os poderes de Estado, aqueles a quem a Constituição atribui a função legislativa.[11] O Estado, criador das normas jurídicas que se aplicam a todos que vivem sob comando criou três espécies de órgãos-funções: o órgão-função-legislativo, a quem incumbe criar as leis; o órgão- função-executivo, a quem compete levar a efeito os atos do Estado, conforme a disciplina legal e o órgão-função-judicial, a quem impende aplicar coercitivamente a lei a todos, inclusive ao Estado.

A negativa do caráter de fonte do direito da jurisprudência reforça a teoria da tripartição dos poderes, que atribui papel de criação jurídica unicamente aos poderes legislativo e executivo. Em todos esses casos, trata-se de discussão sobre a legitimidade de determinadas instituições para criar padrões de conduta obrigatórios.

Em um sistema de freios e contrapesos, o poder jurisdicional é exercido pelos membros do Poder Judiciário, como juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores. Nessa esteira, jurisprudência é o conjunto de decisões exaradas pelos tribunais ao julgarem cada caso concreto.[12]

Diante do conceito de fonte definido pela doutrina clássica, a jurisprudência não é fonte formal da ordem jurídica, vez que está destituída de competência para exercer força normativa; sua atuação restringe-se à análise do caso concreto submetido a julgamento.[13]

Na senda do pensamento de Montesquieu[14], o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei; isto é, apenas lhe cabe aplicar o direito posto ao caso concreto.

Em outra perspectiva[15], não obstante a importância da jurisprudência, ela somente poderia ser considerada *rigorosamente* uma fonte de direito positivo, caso as suas decisões constituíssem precedentes obrigatórios.[16]

Nessa linha de raciocínio, o papel dos juízes não é o de criar normas gerais e abstratas, mas de definir os direitos e obrigações para as partes processuais, em um caso concreto, com base nos diversos elementos que compõem o direito. As decisões proferidas para outros casos não são vinculativas.[17]

Noutro sentido, destaca-se entendimento doutrinário de que a interpretação das normas constitucionais é realizada pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, procedimento

---

11 JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**, Coimbra Editora: Portugal, 2012, p.189
12 Op. Cit, p.206
13 ROSA, F.A de Miranda; **CANDIDO**, Odila D. de Alagão, Jurisprudência e Mudança Social, Jorge Zahar Editora: Rio de Janeiro, 1988, p. 20
14 MONTESQUIEU, **De lésprit des lois** (1748), Livre XI, chapitre VI
15 MACHADO, João Baptista Machado**, Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Portugal: Almedina, 2012, p. 162.
16 Op. Cit, p. 162
17 ASCENÇÃO, José de Oliveira, **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Portugal: Almedina, 2005, p.320

pelo qual o órgão cria normas jurídicas que explicitam o sentido do teor da Constituição e podem servir para declarar determinada norma legislativa como válida ou inválida.

Com esse fundamento, o poder judiciário é equiparável ou superior ao poder legislativo, que não se limita a meramente aplicar as normas legais, pois lhe cabe examinar a compatibilidade entre diplomas legais e a Carta Maior[18]. Logo, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como *fontes acessórias* ou *secundárias.*"[19] A interpretação das leis é fundamental para conferir-lhes um significado concreto e útil à sociedade.[20]

Nos países de *common law*, não há dúvidas de que a jurisprudência constitui fonte de direito, pois as decisões de um tribunal vinculam julgamentos futuros, bem como as decisões dos juízes que lhe são subordinados. Nessa perspectiva, a jurisprudência não é fonte formal de direito positivo, pois ela não cria regras jurídicas obrigatórias, mas é importante para atualizar o direito, em consonância com a Constituição.[21]

2. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE NO DIREITO PORTUGUÊS

O estudo das fontes do Direito tem por objetivo a análise dos modos de produção do direito. Apenas é fonte do Direito a norma que introduz regras que eficazes, com efeito *erga omnes,* o que implica alcançar todos os sujeitos submetidos ao ordenamento[22]

Nesse sentido, Lenio Streck[23] sublinha que "nos países filiados ao sistema romano-germânico, onde vigora o direito escrito, a lei é considerada a fonte primordial do Direito.

Todavia, a doutrina portuguesa posiciona-se diversamente, quanto ao reconhecimento e aplicação da jurisprudência como fonte do direito. Os juristas clássicos[24] negam o enquadramento da jurisprudência como fonte formal do direito no sistema jurídico português, sob o argumento de que os tribunais não criam regra jurídica com força vinculativa, caracterizada pela obrigatoriedade, abstratividade e generalidade.

Com tal fundamento, a jurisprudência não pode ser considerada fonte do Direito, pois não se configura como regra obrigatória, mas apenas o caminho predominante em que

---

[18] Op. Cit, p. 325/331
[19] REALE, **Lições preliminares de direito**, p. 169
[20] ANTUNES, **Uma introdução crítica ao direito,** Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 1992, p. 244
[21] JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**, Coimbra Editora: Portugal: 2012, p.208
[22] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**, Madri:Tecnos, 1991, p. 65
[23] STRECK, Lenio Luiz. **Súmula no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade Constitucional do efeito vinculante.** 2. Ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1989, p 68.
[24] FRANÇA, Rubens Limongi. **A jurisprudência como forma de expressão do direito. Revista de Direito Civil**, v. 51.

os tribunais entendem oportuno aplicar a lei, suprindo, inclusive, eventuais lacunas legais; ou seja, a jurisprudência não cria o direito. Explicitando melhor: o juiz está vinculado à aplicação da lei (artigo 203º CRP); ele descobre, mas não pode inventar o direito[25].

No sistema jurídico português, que não prevê o precedente vinculante; o instituto é utilizado no intuito de uniformização de jurisprudência, nos termos dos artigos 688º e segs. do Código de Processo Civil Português. Com fundamento da inadmissão do efeito vinculante, os casos de uniformização de jurisprudência admissíveis no âmbito do processo civil, processo penal e contencioso administrativo não obrigam os tribunais (artigo 445, n3 CPP); logo não pode ser considerado como fonte do direito.[26]

O Tribunal Constitucional declarou-os inconstitucionais por meio do Acórdão nº 810/93; seu ocaso ocorreu em a 7 de dezembro de 1993, quando o Tribunal Constitucional de Portugal, ao apreciar sobre a constitucionalidade do instituto, afirmou que o art. 2º do Código Civil português contrariava artigo 115, nº 5, Constituição da República Portuguesa de 1976.

Após a eliminação dos assentos, somente são fontes do direito os acórdãos do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas e os acórdãos administrativos, que declaram com força obrigatória geral tal ilegalidade. Essas decisões afastam as normas do ordenamento jurídico nos casos de fiscalização abstrata da constitucionalidade, com força geral e obrigatória, nos julgamentos dos tribunais administrativos e tributários.[27]

O artigo 180.º n.º 1 do Código de Procedimento e de Processo Administrativo, estabelece a possibilidade de ser constituído tribunal arbitral, para o julgamento de determinadas matérias no âmbito do direito administrativo. A doutrina majoritária considera a decisão arbitral uma verdadeira sentença sob o argumento de que os tribunais arbitrais com caráter vinculativo, não se limitando a emitir uma opinião/parecer sobre determinada matéria controvertida e encontram-se equiparados aos judiciais, nos termos do artigo 209.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. [28]

Ainda há quem defenda a transformação da jurisprudência em fonte do direito, no caso de repetição de julgados, da jurisprudência uniformizada (antigos assentos) e de precedentes (direito anglo-americano) [29]

---

25 SOUSA, Miguel Teixeira**, Introdução ao Estudo do Direito**, Almedina: Portugal:2013, p. 135
26 Op. Cit., p. 139/140
27 JUSTO, A. Santos**. Introdução ao Estudo do Direito**, Coimbra Editora: Portugal: 2012, p.207
28 BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de Arbitragem, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 443
29 Op. Cit., p. 257

Como se defendeu anteriormente, na modernidade, a teoria das fontes do Direito pressupõe que o Direito não é algo dado, pois constitui fenômeno construído pela cultura humana. Outra premissa é de que o papel da jurisprudência é essencialmente garantir a dignidade e os direitos dos que buscam solucionar conflitos em juízo.

3. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, é comum o histórico de decisões judiciais díspares e injustas. A esse respeito, é forçoso lembrar que "*Se é nocivo ter decisões diferentes versando a interpretação de uma mesma lei federal é absurdo ter variadas decisões acerca da sua constitucionalidade*." [30]

Com base nesse raciocínio, instituiu-se a noção de precedente que permite (ou até impõe) a aplicação da norma geral a um caso concreto, sendo que a decisão anterior tende a servir como diretriz para deliberações alusivas a casos semelhantes que se repetem com frequência.[31] Com esse procedimento, pretende-se evitar solução distinta para casos similares e, ao mesmo tempo, propiciar segurança e isonomia aos jurisdicionados.

Para que determinada decisão judicial seja considerada precedente, é necessário que a vinculação decorra da regra de direito inscrita no julgado, denominada *ratio decidendi* ou *holding*, que é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão; isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório.[32]

O problema é espinhoso e gera dissenso entre doutrinadores do Direito. De um lado, situam-se os que conferem ênfase às garantias de segurança jurídica, celeridade processual, coerência e, do outro, os que se posicionam a criticamente em face do que entendem como tendência à padronização das decisões judiciais.

Quando se trata de precedentes, o intuito é de que o sistema disponha de recursos que favoreçam uniformização da jurisprudência; para tanto, as decisões judiciais devem ser fundamentadas com clareza, competindo ao juiz expor objetivamente os motivos que o levaram àquele posicionamento.

Como analisado acima, o sistema jurídico português não prevê o precedente vinculante. Porém, no Brasil, a prática é diversa, de longa data. O marco normativo da

[30] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 200

[31] DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** Editora JusPODIVM, Salvador, 8ª ed., 2013, v. 2, p.386

[32] MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios,** Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011 p.222

aplicação dos precedentes judiciais no Brasil foi a Emenda Constitucional nº 03/1993, que atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Ação Declaratória de Constitucionalidade. Antes disso, no Código de Processo Civil de 1973 já se encontra referência à Uniformização da Jurisprudência, com o intento de padronizar os julgamentos no mesmo órgão jurisdicional, dentre outros.

3.1 O papel dos precedentes judiciais

Em prosseguimento, no ordenamento jurídico brasileiro, os precedentes judiciais passaram a ser aplicados em larga escala, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu os enunciados de Súmula Vinculante[33] e da Repercussão Geral nas questões submetidas a Recurso Extraordinário.

Autores como Roger Stiefelmann Leal [34] defendem que o efeito vinculante do sistema jurídico brasileiro assemelha-se à teoria do stare decisis, inspirado no modelo europeu de controle concentrado de constitucionalidade, criado para evitar inconformidades dos demais poderes, em face das decisões dos Tribunais Constitucionais, como se verifica na Espanha e Alemanha.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o Brasil passou a evidenciar tendência à aproximação com os sistemas do Common Law e do Civil Law, identificada em outros países.

A diferença central do ordenamento jurídico brasileiro para o anglo-saxão está no fato de os Tribunais Superiores não serem obrigados a restringir-se a decisões anteriores. Logo, no Brasil aplica-se o stare decisis; porém, desvinculado do mandamento de que o juiz deve apenas declarar o direito firmado em precedente.

Nessa seara, o Código de Processo Civil enalteceu os precedentes, quando atribuiu efeitos obrigatórios e gerais aos julgados proferidos pelo STF e pelo STJ, em Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos, aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), nos termos dos artigos 928, 976 a 978, 947 e 992.

---

33 DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil**, Malheiros, São Paulo, 5ª ed, 2004, p. 179

34 LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**, Saraiva: São Paulo, 2006, p. 37

Cumpre sublinhar a importância do caso julgado na criação dos efeitos vinculantes das decisões tomadas na jurisdição constitucional, bem como o traço de semelhança com a Common Law, em razão do peso atribuído às decisões judiciais nesta seara.

Como se demonstrou, a aplicação de precedentes com efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro adveio da necessidade de unificar a jurisprudência, bem como da busca de celeridade processual e eficiência da prestação jurisdicional, garantindo igualdade de decisões e segurança jurídica.

Com a evolução da sociedade brasileira, o sistema jurídico abre-se à adoção do precedente como fundamento de decisões judiciais. Diante de progressivas demandas de juristas, de segmentos dos cidadãos e do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em relação à celeridade processual, foram implementados remédios paliativos, como: súmulas vinculantes, uniformização de jurisprudência, adoção pelos tribunais de jurisprudência defensiva, sentenças-padrão (facilmente perceptíveis na prática) a casos distintos, julgamentos por amostragem, entre outros.

4. O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL

Nessa linha de pensamento, a agilidade do processo deixa de ser meio, para tornar-se fim, quando se resume à necessidade de decisões judiciais rápidas, inconsequentes e arbitrárias. A tendência à padronização de decisões, conforme o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 87.574/SP – 83 desconsidera a especificidade de cada caso.

Sob outro ângulo, a crítica à aplicação automática dos precedentes repousa no risco de retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial. Alguns doutrinadores entendem que a padronização alija os julgadores do direito de apreciar a lide com independência e conforme suas convicções jurídicas.

Outro risco é a possibilidade de as decisões dos julgadores assumirem natureza de viés eminentemente político, em especial, quando os integrantes do corpo julgador são, em maioria, nomeados pelo Presidente da República, como é o caso do STF, no cenário brasileiro. O STF vem julgando em grandes causas por princípios, com fundamento na norma constitucional[35].

Nesse passo, o protagonismo do poder judiciário desperta debates e propostas de pesquisas que buscam encaminhar solução a esse fenômeno.

[35] STRECK, Lenio. ***Compreender Direito.*** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Em concomitância a críticas ao judiciário por supostamente invadir a esfera do legislativo, quando parece criar leis na interpretação da Constituição, há estudiosos que defendem que o judiciário nada mais faz do que suprir lacunas do poder legislativo em seu mister de regulamentar e atualizar a legislação, ou do poder executivo, quando se omite na formulação de políticas públicas atinentes a direitos individuais ou coletivos previstos constitucionalmente e não implementados.

Há até circunstâncias em que o legislativo posterga debates sobre temas polêmicos junto à sociedade, na expectativa de transferir a árdua tarefa ao poder judiciário.

Conforme alguns estudiosos do assunto, a padronização das decisões tende a engessar as instâncias inferiores na hierarquia do Poder Judiciário, em sua missão de dizer o direito no caso concreto.

CONCLUSÃO

Entre as missões atribuídas aos homens, talvez a mais espinhosa seja a de julgar e de dizer o direito a seus semelhantes. Neste modesto artigo, procura-se enfrentar o dilema dos limites dos precedentes judiciais como fontes do direito em Portugal e no Brasil.

Por sua natureza, o tema enseja controvérsias doutrinárias e até mesmo entre magistrados, legisladores e membros do poder executivo, e no seio dos próprios jurisdicionados. O problema é saber se os tribunais possuem legítima competência para exercer intervenção criadora do direito do caso concreto, assumindo papel de legislador complementar.

De pronto, cumpre assinalar que os critérios legais e judiciais existentes nos sistemas da *Common Law* e os que derivam da chamada *Civil Law* são assinalados por diferenças que não permitem comparação. Destaque-se, por exemplo, que os comandos que norteiam o julgador segundo os princípios da *Common Law* diferem significativamente daqueles que servem de bússola ao magistrado que atua sob a *Civil Law*.

Os defensores do sistema Civil Law difundiram a ideia de que a segurança jurídica impõe a observância pura e simples da lei. Ocorre que a lei, por ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções subjetivas do julgador, não se mostra suficiente para assegurar aos jurisdicionados a segurança jurídica inerente ao Estado Democrático de Direito. O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam

o mesmo fundamento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas.

De uma parte, há pensadores do direito que defendem que os precedentes são valiosos para enfrentar o desafio da morosidade nas prestações jurisdicionais, num cenário em que os tribunais se deparam com elevada demanda de solução para conflitos, não raro similares. Além disso, outra justificativa repousa no intento de evitar soluções divergentes para problemas semelhantes, o que provoca insegurança jurídica de parte dos cidadãos que acorrem aos tribunais em busca de reconhecimento de seus direitos.

Tomando-se como referência as fontes do Direito no ordenamento português, verifica-se que a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do Direito, pois não se configura como regra obrigatória; apenas o caminho predominante em que os tribunais podem basear-se para aplicar a lei.

De outro ângulo, há quem defenda que a jurisprudência não pode ser considerada como fonte do direito, pois não possui força normativa, refere-se unicamente à análise de determinado caso concreto submetido a julgamento.

A utilização dos precedentes judiciais – pelo menos no "Civil Law brasileiro" – não tem o condão de revogar as leis já existentes. No sistema brasileiro, a insegurança jurídica decorrente de decisões díspares em casos semelhantes, por exemplo, circundada pela ausência de controle efetivo e justo da atividade decisória do Judiciário comprometem o próprio Estado.

O vigente Código de Processo Civil brasileiro procura resolver o problema, mediante aplicação dos precedentes nas decisões judiciais. Com isso, ocorre a aproximação dos dois sistemas (Civil Law e Common Law): a abertura progressiva e rápida à adoção do precedente também como fundamento de decisões judiciais e no Common Law verifica-se a necessidade de leis.

Porém, em linhas gerais, pode-se afirmar que a aplicação de precedentes nas decisões judiciais tem pontos positivos e negativos. As perspectivas analíticas que valorizam os precedentes judiciais e, consequentemente, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça.

A esse respeito, é forçoso recordar que a padronização das decisões pode retirar do judiciário a liberdade do julgamento imparcial e a possibilidade de decisões politizadas. Por

outro lado, há circunstancias em que o julgador decide arbitrariamente, conforme valores pessoais ou motivação ideológica, sem que demonstre o imprescindível fundamento legal.

Assim, antes de adotar um sistema de precedentes, é necessário promover a reflexão e compreensão do tema entre os operadores do direito, de maneira a promover condições para que o magistrado exerça o "livre" convencimento, sem a costumeira preocupação com metas de produtividade definidas pelo sistema judiciário. Em regra inafastável, o critério de justiça basilar deve ser a qualidade dos julgados, no estrito respeito aos direitos dos jurisdicionados.

A inconstitucionalidade da súmula vinculante é evidente pois a interpretação, dada por um Tribunal a uma lei ordinária, por mais sábia que seja, jamais pode vincular os juízes das instâncias inferiores, que devem julgar com absoluta e total independência, sempre à luz dos dados trazidos ao processo referente àquele caso concreto.

Sob essa vertente, a súmula vinculante viola a independência do juiz (dentro da e frente à própria instituição a que pertence).[36] Súmula Vinculante também incorre no risco de violar o princípio da separação dos poderes, do acesso ao judiciário, na contramão da teoria das fontes do Direito e principalmente as diretrizes constitucionais.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito. Introdução e Teoria Geral**. Portugal: Almedina, 2005

BARROCAS, Manuel Pereira, Manual de Arbitragem, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **Fuentes del Derecho**, 1991

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil.** Editora JusPODIVM, Salvador, 8ª ed., 2013, v. 2

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, Malheiros, São Paulo, 5ªed, 2004

FRANÇA, Rubens Limongi. **A jurisprudência como forma de expressão do direito.** Revista de Direito Civil, v. 51.

JUSTO, A. Santos. **Introdução ao Estudo do Direito**, Coimbra Editora: Portugal, 2012

LARENZ, KARL. ***Metodologia*** da ***ciencia***. do ***direito***. 3. a edição. Tradução de. José Lamego. FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN. I. LISBOA

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**, Saraiva, São Paulo, 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011

36 GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado de Direito*, São Paulo, RT, 1997, p. 202 e ss.

MÁYNES Eduardo Garcia, **Introdución al estúdio Del derecho**, México: Porrua, 1968
MONTESQUIEU, **De lésprit des lois** (1748), Livre XI, chapitre VI
REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 2001
ROCHA, Joaquim Freitas da, **Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos**, Portugal: Coimbra editora, 2008
ROSA, F.A de Miranda; **CANDIDO**, Odila D. de Alagão, Jurisprudência e Mudança Social, Jorge Zahar Editora: Rio de Janeiro, 1988
SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012
SOUSA, Miguel Teixeira**, Introdução ao Estudo do Direito**, Almedina: Portugal:2013

STRECK, Lenio Luiz. **Súmula no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade Constitucional do efeito vinculante**. 1998

La implementación del dron como nueva herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales en el ámbito internacional[1]

Patricia González Pulido*

Resumen: El desarrollo de nuevas tecnologías está provocando continuas transformaciones en distintos sectores. De forma particular, la industria de la aviación se encuentra inmersa en un proceso innovador cuyos resultados, entre otros, se ven materializados en nuevos vehículos aéreos, concretamente en aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs), también conocidas popularmente como drones. Estos vehículos se configuran como unas herramientas muy útiles al servicio de las catástrofes naturales, desde la prevención del desastre hasta la recuperación de la zona devastada, debido a sus condiciones técnicas. El presente estudio tiene por objeto, en primer lugar, abordar la naturaleza, las ventajas e inconvenientes de los instrumentos normativos más destacados emanados por la Organización de Naciones Unidas sobre la adopción de medidas para la prevención del desastre, y por la Organización de Aviación Civil Internacional en relación al uso de los drones; y, en segundo lugar, examinar la utilidad del dron como tecnología emergente al servicio de la prevención de la catástrofe.

Palabras clave: *Soft law,* prevención, catástrofe natural, drones, aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs).

Sumario: 1. Introducción. 2. El impacto de las normas internacionales en el desarrollo de nuevos marcos de actuación para la prevención de catástrofes naturales. A) El *soft law* como instrumento integrador de los drones y la prevención del riesgo en el ámbito internacional. B) La necesidad de adoptar nuevas medidas para la prevención de catástrofes naturales. 3. La implicación de los drones en la prevención de catástrofes naturales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Personal Docente e Investigador del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Alcalá. Máster en Derecho Constitucional, especializado en estudios políticos y constitucionales y Máster Universitario en Abogacía. Miembro del Grupo de Investigación Jurídica y Fiscal Fiscalitas & Iuris de la Universidad de Extremadura, España. ORCID: 0000-0003-3186-7347.
El presente trabajo se ha realizado en el marco de la Convocatoria de Contratos de Investigación año 2017, dependientes de la Fundación Fernando Valhondo Calaff y durante la estancia de investigación realizada en la Universidad Lusíada de Lisboa (Portugal), en el mes de julio de 2018.

[1] El texto de este artículo tiene su origen en la comunicación presentada al III Simposio Internacional sobre Derecho Actual, celebrado en Oporto (Portugal) los días 14 y 15 de diciembre de 2018.

1. Introducción.

Los fenómenos meteorológicos adversos de las últimas décadas están provocando un aumento de los desastres naturales en el planeta. Las autoridades internacionales, conscientes de la dimensión del problema, no cesan en adoptar distintas medidas dirigidas a disminuir el impacto de la catástrofe. Europa ha demostrado en numerosas ocasiones cómo el mayor número de daños personales y materiales provocados por las catástrofes naturales podrían evitarse adoptando medidas de alerta, así como programas centrados en una mayor prevención.

Actualmente, las labores de planificación, supervisión y asistencia propias de una catástrofe natural están siendo ejecutadas por personal especializado y asistidas, cada vez más, por nuevas herramientas tecnológicas como consecuencia del continuo avance científico. En este sentido, uno de los dispositivos más extendido y con mayor incidencia en el ámbito civil, concretamente ante labores de prevención del desastre, son las aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs), también conocidas como drones[2]. Aunque estos vehículos aéreos comenzaron su desarrollo en el ámbito militar, su aplicación en el sector civil está en continuo crecimiento.

La incorporación de los drones en la prevención de la catástrofe resulta de gran importancia debido a las ventajas técnicas y económicas que presentan frente a la aviación convencional. Sin embargo, la ausencia de un marco jurídico internacional, el incremento de normativa *soft law*, así como la inexistencia de normativas nacionales, como es el caso de la española, en relación con el empleo de los drones por las autoridades competentes ante una situación de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, provoca un vacío legal cuya principal consecuencia ocasiona un uso indiscriminado de la aeronave sin limitación jurídica alguna.

2. El impacto de las normas internacionales en el desarrollo de nuevos marcos de actuación para la prevención de catástrofes naturales.

[2] En numerosos textos encontramos siglas como UAV (*Unmanned Aircraft Vehicles*), UAS (*Unmanned Aircraft/Aerial Systems*), RPA (*Remotely Piloted Aircrafts*), RPAS (*Remotely Piloted Aircrafts Systems*), VANT (vehículo aéreo no tripulado) e incluso dron o *drones* para hacer referencia, en la mayoría de los casos, a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPAs) y a su sistema (RPAS). El empleo de distintos conceptos ha provocado un uso impreciso del mismo y cierta confusión, causando no pocos desaciertos en su denominación. En este sentido, v*id.* el análisis al respecto de SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: "Rights and science in the drone era: actual challenges in the civil use of drone technology", *Rights and Science: R & S*, núm. 0, 2017, pp. 118 y 119.

A) El *soft law* como instrumento integrador de los drones y la prevención del riesgo en el ámbito internacional.

La proliferación de normas *soft law* en la esfera internacional se ha convertido en una práctica habitual, cuyo desarrollo, impulsado por organizaciones internacionales y órganos comunitarios, ha posibilitado la adopción de nuevas acciones por parte de los Estados. De forma particular, podemos encontrar este tipo de regulación, por un lado, en los documentos adoptados por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)[3] en relación a las RPAs, concretamente, la Circular 328-AN/190 *Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS)*[4] y el *Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancia (RPAS)*[5]. Ambos documentos, a pesar de no disponer de un efecto vinculante, como posteriormente explicaremos, actúan como presupuestos necesarios para los Estados en el desarrollo de su normativa nacional. Por otro lado, en relación con los marcos de actuación enfocados a la prevención del desastre, la Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó el *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*[6] y el *Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030*[7], con el objetivo de delimitar y desarrollar las directrices principales centradas en la prevención, preparación y mitigación del desastre.

El *soft law*, derecho blando o flexible, cuyo desarrollo le ha permitido posicionarse como una nueva fuente del Derecho internacional público, se caracteriza, siguiendo a GARRIDO GÓMEZ, por "*la no vinculatoriedad jurídica conforme (…) los contenidos clásicos del Derecho; cierta relevancia jurídica; la buena fe; que posean términos vagos e imprecisos; que sean ajenos a otras teorías de la responsabilidad; y que se basen en la adhesión voluntaria y no haya mecanismos para su exigibilidad, no siendo aplicables las sanciones como consecuencia jurídica del incumplimiento*"[8]. En este sentido, los rasgos definidores, anteriormente descritos, provocan que los Estados recurran con mayor frecuencia al *soft law* como fuente de resolución de conflictos debido, entre otras cuestiones, a la inexistencia de normas aplicables; las ventajas que presentan respecto a los

[3] La OACI es una agencia de la Organización de las Naciones Unidas, creada en 1944 por el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, cuyo objetivo es el estudio de los problemas en materia de aviación civil y promover normativa aeronáutica de naturaleza mundial.

[4] ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL.: *Circular 328-AN/190, Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS),* Montreal, Canadá, 1ª ed., 2011.

[5] ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL.: *Doc. 10019-AN/507, Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancias (RPAS)*, Montreal, Canadá, 1ª ed., 2015.

[6] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*, EIRD, Hyogo, Japón, 2005.

[7] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, Japón, 2015.

[8] GARRIDO GÓMEZ, Mª. I.: *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, 2018, p. 58.

marcos jurídicamente vinculantes; la capacidad para adaptarse con rapidez y flexibilidad ante las demandas y los problemas sociales; la facilidad de materializar objetivos políticos o la libertad de gestión por parte de los Estados.

En este sentido, es necesario destacar los problemas que plantea disponer de un derecho *soft law* de referencia internacional en relación al uso de las RPAs como herramienta tecnológica en la prevención de catástrofes naturales.

En primer lugar, el *soft law* carece de efectos vinculantes, es decir, no existe una obligación de cumplimiento por parte de los Estados, como mencionábamos anteriormente. Este tipo de derecho se construye sobre una relación voluntaria entre la organización y el país en cuestión. De forma concreta, a pesar de que las normativas internacionales en relación al uso de las RPAs en el espacio aéreo emanen de la OACI, así como los planes de acción centrados en la prevención de catástrofes procedan directamente de la ONU, es decir, ambos de una organización internacional, no son fundamentos suficientes que justifiquen la ausencia de efectos jurídicos frente a terceros por dos motivos. Por un lado, el grado de vinculación que adquirieron los Estados cuando decidieron formar parte de la ONU y ratificaron la Carta de las Naciones Unidas[9]. Así, los artículos 55 y 56 de la citada Carta hacen referencia al compromiso de todos los Estados miembros para adoptar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para promover la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario. Conviene destacar que los Estados, a pesar de reconocer fórmulas atípicas de regulación como el *soft law*, deben contribuir al fomento y a la adopción de nuevas prácticas centradas en solventar dichos problemas. De forma particular, la prevención del desastre en sí y el uso de los drones como nueva herramienta tecnológica para su empleo en labores de supervisión se configuran como dos problemas conexos, aunque de distinta índole, centrados en la solución de cuestiones sociales y económicas, por tanto, a pesar de que las directrices internacionales en dicha materia se encuadran en el *soft law*, los Estados no deben obstaculizar su desarrollo, sino favorecer y colaborar en su implantación.

Por otro lado, el nivel de compromiso político y social que los Estados han aceptado con la comunidad internacional en relación con el fomento de nuevas tecnologías en las labores de prevención del desastre. Al encontrarnos con dos problemas de gran relevancia y

[9] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945.

actualidad cuyas dificultades traspasan las fronteras nacionales y ante la inexistencia de una normativa internacional específica que regularice el empleo de las RPAs en la prevención del desastre, los Estados se ven abocados a cumplir con las directrices aportadas por la ONU como un marco de referencia para sus propios ordenamientos jurídicos, a pesar de tratarse de medidas internacionales que organizan el uso de los drones y los planes de prevención de la catástrofe de forma separada. En este caso no cabe duda de que el *soft law* sí despliega efectos jurídicos frente a terceros, aunque no de forma imperativa e inmediata, al servir de parámetro interpretativo para los ordenamientos nacionales, incrementándose así el grado de vinculación del Estado miembro con lo dictado por la organización internacional.

En segundo lugar, la ausencia de un régimen jurídico disciplinario ante el incumplimiento por parte de los Estados de los acuerdos emanados de la organización internacional. El *soft law*, como instrumento de cooperación voluntario entre el Estado y la organización internacional, no establece un marco de infracciones y sanciones. Por tanto, el hecho de que un Estado decida no acoger las directrices internacionales perjudica gravemente a sus ciudadanos privándolos de nuevas políticas públicas que mejoran su bienestar y favorecen su desarrollo, provocando un agravio comparativo con el resto de la comunidad internacional.

En tercer lugar, ante la ausencia de una normativa internacional que regule el uso de los drones en labores de prevención del desastre, los marcos internacionales de actuación en materia de RPAs y, concretamente, en prevención de desastres, se muestran como temas de actualidad que han despertado el interés de la ONU para fijar, aunque de forma separada, las líneas principales que posibiliten, por un lado, el desarrollo de los drones como nueva tecnología y, por otro, la implantación de medidas armonizadas para prevenir y reducir el riesgo de desastre como responsabilidad de los Estados. En dicho contexto podríamos encontrar un conflicto si las normas adoptadas por los países no se encuentran en consonancia con las directrices internacionales. En este sentido, si los Estados establecen disposiciones normativas más amplias y ajustadas a los mandatos internacionales, en virtud de las necesidades de su territorio, no provocaría problema alguno. Sin embargo, si, por el contrario, establecen condiciones restrictivas o contrarias a lo dictado por la comunidad internacional dispondríamos de dos instrumentos difíciles de coordinar[10].

[10] En este mismo sentido se pronuncia MAZUELOS BELLIDO, A.: "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, p.5.

B) La necesidad de adoptar nuevas medidas para la prevención de catástrofes naturales.

El riesgo de peligro, definido por la Real Academia Española como la "contingencia o proximidad de un daño", la catástrofe o calamidad pública son conceptos citados explícitamente en el artículo 30.4 de la Constitución española y concretados en distintos textos normativos y jurídicos. A pesar de los numerosos análisis conceptuales aportados por la doctrina[11] es necesario subrayar dos cuestiones. En primer lugar, el término riesgo hace referencia a una realidad indeterminada o inespecífica que entraña un peligro. En segundo lugar, el reconocimiento de la existencia de un riesgo próximo al territorio que puede suceder en cualquier momento. Asimismo, compartimos la teoría de AYALA CARCEDO al establecer tres características fundamentales que definen el concepto de riesgo: i) la peligrosidad del fenómeno, ii) la vulnerabilidad de la sociedad expuesta al daño, y iii) la exposición de la población de los bienes materiales frente al peligro[12].

Tras una breve aclaración terminológica, debemos señalar que la frecuencia y la gravedad de las catástrofes naturales que están aconteciendo han obligado a las autoridades internacionales a la aprobación de distintos acuerdos que establezcan marcos de actuación armonizados para todos los Estados.

En primer lugar, el *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres* se configura como uno de los primeros documentos en determinar las directrices primordiales en materia de prevención y preparación del desastre. A pesar de su adopción, durante el período 2005-2015 las catástrofes naturales volvieron a arrojar cifras devastadoras. Más de 700.000 personas perdieron la vida, 1,4 millones sufrieron heridas, aproximadamente 23 millones se quedaron sin hogar y 1.500 millones de personas fueron perjudicadas. Además, se ha contabilizado unas pérdidas económicas de 1,3 billones de dólares aproximadamente[13].

En segundo lugar, la Organización de Naciones Unidas, ante los datos anteriormente expuestos, abogaba por la necesidad de un cambio de paradigma, es decir, la exigencia de

[11] Para un análisis más concreto del concepto de riesgo, *vid*., OCHOA MONZÓ, J.: *El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil* (Tesis Doctoral), Universidad de Alicante, 1995, pp. 27-44.

[12] *Vid*, AYALA CARCEDO, F. J.: "El impacto socioeconómico de los desastres naturales en el mundo y España. Y el diseño óptimo de estrategias de mitigación", en *Los riesgos naturales en España (El Decenio Internacional para la reducción de desastres en el contexto español)*, Cursos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 1992, 733/2, p. 8., en la redacción dada por OCHOA MONZÓ, J.: *El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil* (Tesis Doctoral), *op. cit*., p. 32.

[13] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*, *op. cit*., p. 10.

comprender mejor el riesgo de desastre, fortalecer las políticas públicas y fomentar la cooperación internacional. Por estos motivos, la ONU adoptó el *Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030* en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai (Japón) el 18 de marzo de 2015, con el objetivo de incrementar nuevas medidas proactivas centrando su atención en la prevención del desastre, en lugar de la gestión de la catástrofe una vez que se ha producido[14].

Aunque en un primer momento estas acciones, dirigidas a labores de planificación, supondrán una gran inversión pública en los planes de mitigación de riesgos, su adopción presenta innumerables ventajas respecto a la gestión propia del desastre, entre las que destacan: i) la posibilidad de evitar y eliminar el riesgo, ii) la adopción de medidas preventivas conforme al desastre, iii) la disminución de pérdidas personales y materiales, iv) la protección de las áreas más vulnerables y v) la mejora en los protocolos de actuación para controlar el desastre una vez que se ha producido.

Siguiendo el Marco de Sendai, la evaluación del riesgo previo a los desastres debe constituirse como una acción obligatoria de los Estados pues tienen la responsabilidad de reducir al máximo el peligro de devastación y abordar, igualmente, los desafíos futuros. La implicación de las autoridades debe verse incrementada para lograr una disminución del número de catástrofes tras una correcta previsión del desastre. Por este motivo, es necesario reforzar las medidas sectoriales adoptadas por los entes locales, mejorando la preparación de programas de prevención de la catástrofe puesto que son los primeros que deben afrontar las consecuencias del desastre[15].

A pesar de los avances que han tenido lugar en la reducción de desastres, las autoridades internacionales han establecido en el Marco de Sendai un objetivo perfectamente definido que se centra en "*la reducción sustancial del riesgo de desastres y de las pérdidas ocasionadas por los desastres, tanto en vidas, medios de subsistencia y salud como en bienes económicos, físicos, sociales, culturales y ambientales de las personas, las empresas, las comunidades y los países*"[16]. Observamos cómo uno de los ejes principales para afrontar las catástrofes naturales y sus efectos lo representan las labores de prevención. Para ello, han determinado cuáles deben ser los medios para lograr el objetivo previsto. Así,

[14] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, *op. cit*., p. 5.
[15] BARCELONA LLOP, J.: *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 26-27.
[16] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, *op. cit*., p. 12.

"*prevenir la aparición de nuevos riesgos de desastres y reducir los existentes implementando medidas integradas e inclusivas de índole económica, estructural, jurídica, social, sanitaria, cultural, educativa, ambiental, tecnológica, política e institucional que prevengan y reduzcan el grado de exposición a las amenazas y la vulnerabilidad a los desastres, aumenten la preparación para la respuesta y la recuperación y refuercen de ese modo la resiliencia*"[17].

No cabe duda de que el empleo de nuevas tecnologías se ha configurado como una de las medidas más exitosas para la prevención de la catástrofe debido a la rapidez en sus resultados y a la capacidad de evaluar el riesgo de producción del desastre. Así, una de las herramientas tecnológicas con mayor éxito en su empleo lo constituyen las RPAs, cuya utilización en labores de prevención, supervisión, mantenimiento y emergencia se muestra como un instrumento de gran importancia permitiendo una planificación más precisa y efectiva antes de que el suceso se haya desencadenado[18].

3. La implicación de los drones en la prevención de catástrofes naturales.

Los avances tecnológicos contribuyen a mejorar los servicios de prevención de catástrofes, pues las labores de vigilancia y control son de gran importancia para anticiparnos a los efectos del desastre. El uso de los drones es un apuesta segura y contrastada, así el éxito de estos vehículos en las labores de prevención de siniestros se debe, en gran medida, a las ventajas que presentan respecto a la aviación convencional.

En primer lugar, la prevención del desastre, en la gran mayoría de los casos, se desarrolla en terrenos angostos de difícil acceso, donde el personal de rescate además de trabajar en un área compleja, deberá hacerlo en condiciones extremas y durante largos períodos de tiempo. En este sentido, los drones surgieron de la necesidad de abordar actividades "3 D", es decir, *dull* (pesadas), *dirty* (sucias) y *dangerous* (peligrosas)[19] en contiendas militares. Una vez comprobado el triunfo de esta tecnología bajo estas condiciones, su

[17] *Ibid.*

[18] Respecto a la intervención de la RPA como herramienta para la prevención de catástrofes naturales, *vid.* EENA y DJI.: "The use of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) by the emergency services: A report from the joint EENA and DJI Pilot Project", *European Emergency Number Associatio*n, Brussels, 2016, pp. 27-28.

[19] En relación a las actividades "3 D", *vid.*, GUERRERO LEBRÓN, Mª J. CUERNO REJADO, C. y MÁRQUEZ LOBILLO, P.: "Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado", *Revista de derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 12, 2013, p. 71 y OÑATE DE MORA, M.: "Tipología de aeronaves pilotadas por control remoto", en *Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil*, Fenercom, Madrid, 2015, pp. 52-54.

extensión al ámbito civil ha comenzado a generalizarse y más concretamente en actividades al servicio de las catástrofes naturales.

En segundo lugar, la monitorización de los parámetros ambientales y su control resultan fundamentales ante la adopción de medidas de prevención y su posterior ejecución. Aunque actualmente el análisis y la interpretación de los datos corresponde a un personal técnico, su recogida puede ser llevada a cabo a través del dron. Así, estos vehículos pueden estar equipados con cámaras térmicas y/o infrarrojas, antenas emisoras para establecer una red de telecomunicaciones, microchips con múltiples sensores que reportan datos con frecuencia o su intervención como satélite georreferenciando la zona. Todas estas operaciones pueden ser ejecutadas por una RPA debido a las características técnicas que las definen, es decir, la capacidad de rastrear y permanecer en el terreno durante el tiempo necesario ante la ausencia de un piloto a bordo, el menor tamaño de la aeronave respecto a la convencional o la inmediatez en su empleo debido a la inexistencia de una infraestructura aeroportuaria provoca, entre otras, el triunfo de esta tecnología.

Como podemos observar, las características técnicas de las RPAs determinan la capacidad de adaptarse con facilidad y rapidez a distintas funciones, un ejemplo de ello es el empleo de estas aeronaves en el ámbito de los riesgos naturales provocado por un fenómeno geológico, hidrológico o meteorológico, es decir, terremotos, tsunamis o maremotos, erupciones volcánicas, deslizamientos, inundaciones, sequías, tornados o huracanes. El progreso en esta tecnología posibilita un mayor control sobre el medio. La incorporación de sensores receptores de variables meteorológicas como la temperatura, la humedad, la presión atmosférica, el volumen de precipitación, la radiación o la dirección y la velocidad del viento, unido al sistema de posicionamiento global (GPS) permiten geolocalizar la zona, realizar un seguimiento y una posterior comparativa con la información aportada por el dron, cuyo análisis y control posibilita una mejor planificación del riesgo.

Por lo que se refiere a los riesgos producidos por la acción del hombre[20] en actividades como la manipulación de productos químicos, nucleares o la producción de incendios forestales la utilización de las RPAs se configura como el instrumento más apropiado para controlar de forma precisa el comportamiento y la incidencia del hombre sobre las mismas. La agilidad, la seguridad y la resistencia del dron, junto con la incorporación de elementos tecnológicos como la cámara termográfica o multiespectral, facilitan la

[20] También denominados riesgos antrópicos, *vid.*, OCHOA MONZÓ, J.: *El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil* (Tesis Doctoral), *op. cit.*, pp. 601-823.

obtención de mediciones del terreno tras el sondeo de la zona precisando las áreas más expuestas y vulnerables al peligro.

A pesar de la enorme relevancia que el uso de los drones genera en las labores prevención del riesgo, la normativa internacional que hace referencia al empleo de estos vehículos en dichas situaciones es inexistente. Esta misma situación la encontramos en los ordenamientos jurídicos nacionales. En España, a pesar de disponer de un marco normativo que sistematiza el uso civil de estos vehículos aéreos tras la aprobación del Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto[21], debemos subrayar que exclusivamente concreta las circunstancias técnicas y jurídicas que debe cumplir el piloto de la aeronave privada si requieren de su intervención.

Sin embargo, la ausencia de requisitos técnicos y jurídicos que delimiten el marco de actuación de las autoridades u organismos públicos responsables en dicho reglamento, así como la inexistencia de un régimen jurídico específico que concrete la intervención de los drones por parte de los servicios de emergencia no permiten la correcta y plena inclusión de estas aeronaves como auténticas herramientas al servicio de las labores de emergencia.

4. Conclusiones.

Las autoridades internacionales y comunitarias, conscientes del aumento de los desastres naturales, persisten en la necesidad de mejorar los planes de actuación de los gobiernos, así como fomentar programas de sensibilización sobre los riesgos con el fin de evitar la catástrofe. El refuerzo de las políticas públicas centradas en el establecimiento de sistemas preventivos eficaces y la cooperación transfronteriza resultan acciones decisivas para desarrollar una verdadera prevención del desastre ajustada a los riesgos que amenazan al territorio en cuestión.

Las RPAs se configuran como unas de las herramientas tecnológicas más eficientes al servicio de las catástrofes naturales puesto que facilitan la información necesaria en tiempo real para planificar los marcos de actuación de una manera más efectiva en la gestión del riesgo. Como consecuencia del continuo uso de esta tecnología por las autoridades públicas competentes en situaciones de emergencia, la regulación jurídica nacional e internacional al

[21] Real Decreto 1036/2017, de 15 de diciembre, por el que se regula la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto, y se modifican el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el Reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea y el Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea.

respecto se muestra imprescindible por tres motivos: el primero, por la eficacia contrastada de los drones en las labores de planificación del riesgo; el segundo, porque el empleo de estas aeronaves por parte de la autoridad pública se está desarrollando sin un marco legislativo definido; y el tercero, para garantizar los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad en su uso por parte de los poderes públicos.

5. Bibliografía.

AYALA CARCEDO, F. J.: "El impacto socioeconómico de los desastres naturales en el mundo y España. Y el diseño óptimo de estrategias de mitigación", en *Los riesgos naturales en España (El Decenio Internacional para la reducción de desastres en el contexto español)*, Cursos de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 1992, 733/2.

BARCELONA LLOP, J.: *La protección civil municipal*, Iustel, Madrid, 2007.

EENA y DJI.: "The use of Remotely Piloted Aircraft Systems (RPAS) by the emergency services: A report from the joint EENA and DJI Pilot Project", *European Emergency Number Associatio*n, Brussels, 2016.

GARRIDO GÓMEZ, Mª. I.: *El soft law como fuente del Derecho extranacional*, Dykinson, 2018.

GUERRERO LEBRÓN, Mª J., CUERNO REJADO, C., MÁRQUEZ LOBILLO, P.: "Aeronaves no tripuladas: estado de la legislación para realizar su integración en el espacio aéreo no segregado", *Revista de derecho de transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 12, 2013, pp. 63-106.

MAZUELOS BELLIDO, A.: "Soft law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 8, 2004, pp. 1-40.

OCHOA MONZÓ, J.: *El régimen jurídico de los riesgos mayores. La protección civil* (Tesis Doctoral), Universidad de Alicante, 1995.

OÑATE DE MORA, M.: "Tipología de aeronaves pilotadas por control remoto", en VVAA.: *Los drones y sus aplicaciones a la ingeniería civil*, Fenercom, Madrid, 2015, pp. 49-57.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS: *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945.

- *Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres*, EIRD, Hyogo, Japón, 2005.

- *Circular 328-AN/190, Sistemas de aeronaves no tripuladas (UAS),* Montreal, Canadá, 1ª ed., 2011.

- *Doc. 10019-AN/507, Manual sobre sistemas de aeronaves pilotadas a distancias (RPAS)*, Montreal, Canadá, 1ª ed., 2015.

- *Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030*, Japón, 2015.

SARMIENTO, D.: "La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law", *Cuadernos de derecho público*, núm. 28, 2006, pp. 221-266.

SARRIÓN ESTEVE, J. y BENLLOCH DOMÈNECH, C.: "Rights and science in the drone era: actual challenges in the civil use of drone technology", *Rights and Science: R & S*, núm. 0, 2017, pp. 117-133.

A atual tendência jurisprudencial de descriminalização do aborto pelo poder judiciário brasileiro

Tatiane Silva Ferreira[1]

Deilton Ribeiro Brasil[2]

Sumário: 1. Introdução. **2.** O aborto no direito brasileiro: o tratamento jurídico relativo ao direito à vida e sua proteção desde a concepção. **2.1** O direito ao aborto, segundo direitos humanos das mulheres, e a ponderação inadequada diante da incerteza do status jurídico do feto. **3**. A tendência jurisprudencial de descriminalização do aborto até o 3º mês de gestação no Brasil. **3.1** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54): a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos. **3.2** O *Habeas Corpus* (HC) 124.306: a decisão do Supremo Tribunal Federal – não vinculante e de efeitos *inter partes* – de que o aborto até o 3º mês de gestação não é crime. **4.** Considerações finais. **5.** Referências.

1. Introdução.

A criminalização do aborto voluntário é um tema controvertido mundialmente e que mantém sua atualidade no campo do direito ao longo do tempo, sendo seu tratamento jurídico um desafio às democracias modernas.

No Brasil, país laico e plural, o aborto é considerado crime pelo Código Penal de 1940, embora com hipóteses de exceção. Além da controvérsia natural existente acerca do tema – de ordem científica, moral, filosófica e religiosa –, o direito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, permite o acirramento da conhecida discussão sobre o conflito entre o direito fundamental à vida do feto e direitos fundamentais das mulheres gestantes.

Por um lado, a Constituição Federal não enfrentou diretamente o tema, reservando esta função ao legislador ordinário, que, cumprindo seu papel, definiu o crime de aborto. Por outro, estabeleceu a proteção à vida desde a concepção, o que abriu margem a duas

[1] Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Especializanda em Direito Civil pela UNA (SP, Brasil). Membro da Comissão Estadual de Direito Sistêmico da OAB/MG. Advogada. Graduada em Fisioterapia pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais (Brasil). E-mail: tatianefadv@gmail.com.

[2] Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

interpretações: a de que esta previsão proíbe o aborto, indiretamente; e a de que a constitucionalidade deste crime pode ser questionada, devido à Constituição ter estabelecido o momento de início da proteção à vida, mas não o momento do início da vida em si. Isto porque, somado a não haver consenso sobre o início da vida, proteger a vida desde a concepção talvez possa significar a proteção daquele que será sujeito de direitos – assim como o Código Civil de 2002 protege o nascituro, desde a concepção, tornando-se sujeito de direitos, no entanto, apenas se nascer com vida – diminuindo o peso desta vida perante direitos fundamentais das mulheres.

Objetiva-se contribuir para o debate acerca da descriminalização do aborto, ao analisar, especificamente, a evolução que vem ocorrendo e alterando o tema no Brasil diante de decisões judiciais, confrontando-a com a conformação jurídica do país, tratando-se de pesquisa interdisciplinar, envolvendo, além da discussão sobre direitos fundamentais, as áreas do direito penal e internacional e o controle de constitucionalidade brasileiro.

A problemática gira em torno da multiplicidade de aspectos que se entrelaçam, tornando desafiadora uma solução jurídica. Na busca da descriminalização, são defendidos direitos humanos e fundamentais envolvidos na discricionariedade da mulher de realizar o aborto, em detrimento da vida do feto, sendo utilizados argumentos jurídicos constitucionais, internacionais, de competência penal, políticos, que mudam de acordo com os interesses e em uma conjugação de elementos que torna difícil essa análise combinatória humana.

O tema polêmico, de grande relevância para os limites éticos do tratamento jurídico da vida e para a efetividade da própria democracia brasileira – como garantia das minorias – , possui sua necessidade de debate jurídico evidenciada pelas ações judiciais históricas ocorridas no passado recente do Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em uma tendência de descriminalização do aborto no país – o que poderá ocorrer após o julgamento da atual Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442 (ADPF nº 442) – contrariamente ao princípio da legalidade penal e ao Poder Legislativo, que definiu a criação e aplicação do referido crime.

Considerando as exposições iniciais, surge o problema: é possível a realização do aborto voluntário, de acordo com o Direito brasileiro? O judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal em suas decisões *erga omnes* vinculativas, terá extrapolado seus poderes se estabelecer a descriminalização do aborto? Deve o Estado intervir, liberando ou proibindo o aborto?

Para responder a estas perguntas, este artigo se subdivide em duas partes: *i*) apresentação do aborto segundo o direito brasileiro; *ii*) a tendência de descriminalização do

aborto no Brasil até o 3º mês de gestação. Foi realizada pesquisa bibliográfica, necessária ao embasamento teórico necessário e documental, quanto ao ordenamento jurídico referente ao tema, pesquisa jurisprudencial, documentos das ações judiciais em questão e informações do Supremo Tribunal Federal, tendo sido feita uma análise interpretativa e crítica.

Enfatiza-se que a delimitação deste artigo ao cenário jurídico brasileiro – não apenas interno – não possui como foco principal discutir o mérito do conflito entre direitos fundamentais envolvidos na criminalização do aborto, embora seja necessária sua revisitação para o objetivo pretendido. Ainda, controvérsias à parte, a denominação direitos fundamentais será usada no mesmo sentido de direitos humanos, já que ambos coincidem nos direitos referidos neste trabalho de investigação.

2. O ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO: o tratamento jurídico relativo ao direito à vida e sua proteção desde a concepção.

O aborto é considerado crime no Brasil, havendo relações importantes entre a Constituição federal, a normatização internacional e o Direito penal brasileiro, a serem esclarecidas, para o entendimento buscado.

Durante a Assembleia Constituinte, havia três tendências sobre o aborto: a que considerava que deveria ser proibido, pelo direito à vida do feto; a que considerava que a condição de sujeito de direito seria adquirida apenas após o nascimento com vida, sendo a vida intrauterina de responsabilidade da mulher, por estar ligada ao seu corpo de forma inseparável; e a terceira, que acreditava que a Constituição não deveria regular o assunto (SILVA, 2016, p. 205).

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha regulado o tema aborto diretamente, estabeleceu, em seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção[3]. Expressando claramente o momento desde quando a vida deve ser protegida no Brasil, teria tornado inconstitucional a realização do aborto, em qualquer fase da gravidez. Por outro lado, pode-se entender que a Constituição Federal considerou que a vida tem início na concepção, o que, sendo alvo de muitas controvérsias, permite o questionamento desta proteção, quando analisado o choque com direitos fundamentais das mulheres.

[3] Artigo 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: [...] (BRASIL, 1988).

Pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, no mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos – ratificada pelo Brasil – protege a vida, desde a concepção[4], havendo a mesma controvérsia existente na Constituição brasileira. Sendo que a interpretação da Corte Interamericana sobre o direito previsto na Convenção Americana tem valor jurídico (como *res interpretata*) a ser seguido por todos os Estados-partes do Pacto de San José[5].

Questionando-se a proteção desde a concepção e, por conseguinte, a criminalização do aborto, outro ponto importante é que a Constituição Federal estabelece que, para que uma conduta seja considerada crime e seja aplicada a pena relacionada, é obrigatório que isto esteja definido anteriormente, através de lei, de competência do Poder Legislativo da União[6]. É o princípio da legalidade penal, que possui sentido estrito e é previsto de forma expressa também no Código Penal brasileiro[7].

Apesar de, aparentemente, o princípio tratar de normas penais incriminadoras, refere-se à obrigatoriedade de toda a normatização penal ser regida por lei, incluindo as normas excludentes de criminalidade[8] – que interessam para a descriminalização do aborto no Brasil. O Código Penal é de 1940 e a atual Constituição Federal é de 1988. Embora o aborto seja questionado quanto à defasagem na atualidade normativa diante dos novos valores constitucionais, ainda hoje, o Poder Legislativo não modificou as normas referentes ao aborto.

O legislador brasileiro escolheu proteger, através da tutela penal, a vida humana em formação, intrauterina, considerada desde a concepção. Escolheu também, de forma expressa, no artigo 128 do Código Penal, as hipóteses em que a conduta não deve ser

[4] Artigo 4º: Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente (OEA, 1969).

[5] Quanto à interpretação das normas internacionais pelo Brasil, "a interpretação conforme os direitos humanos devem seguir prioritariamente o que diz a jurisprudência dos tribunais internacionais respectivos (em nosso entorno geográfico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos)". Sendo assim, a interpretação da Corte Interamericana sobre o direito previsto na Convenção Americana tem valor jurídico (como *res interpretata*) a ser seguido por todos os Estados-partes do Pacto de San José (MAZZUOLI, 2015, p. 36-37).

[6] Artigo 22, I: Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...] (BRASIL, 1988).

[7] Na Constituição Federal – praticamente transcrito do Código Penal brasileiro –, artigo 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1988). No Código Penal, artigo 1º: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal (BRASIL, 1940).

[8] Direito Penal Objetivo é o conjunto de normas editadas pelo Estado, definindo crimes e contravenções, isto é, impondo ou proibindo determinadas condutas sob a ameaça de sanção ou medida de segurança, bem como todas as outras que cuidem de questões de natureza penal, *v.g.*, excluindo o crime, isentando de pena, explicando determinados tipos penais. (GRECO, 2015)

criminalizada, ou seja, as situações de exceção em que o aborto é autorizado no Brasil[9]: quando houver risco de vida para a gestante ou quando a gravidez resultar de estupro – este último, dependendo do consentimento da gestante ou seu representante, o que está presumido nesta discussão, que se refere ao direito da mulher de realizar o aborto.

Pelo conceito formal de crime, se determinada conduta estiver expressa anteriormente em lei penal, com a sua respectiva sanção, a prática do ato perfeitamente equivalente ao descrito no tipo penal incriminador – ocorrência do denominado fato típico – caracteriza o crime. Para além deste conceito formal, o Direito brasileiro adotou o conceito analítico de crime, que engloba o formal, mas considera que além de típico, o fato deva ser também antijurídico (ou ilícito) e culpável[10].

No primeiro inciso do artigo 128, tem-se o aborto necessário ou terapêutico. Neste inciso, está previsto o caso de estado de necessidade – que retira o elemento do crime da antijuricidade ou ilicitude –, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Na escolha entre a vida do nascituro ou da gestante, ambas protegidas juridicamente, a legislação escolheu a vida da gestante.

O inciso II trata do aborto sentimental, consequente a um ato de violência sexual contra a mulher. De um lado, há a vida do feto, tutelada pelo ordenamento jurídico desde a concepção, e, de outro, a honra da mulher vítima de estupro e a dor da recordação. Se de um lado tem-se a vida do nascituro, seria desproporcional que a honra da gestante se sobrepusesse ao bem jurídico vida – se considerada iniciada na concepção e com mesmo peso da vida do recém-nascido ou do adulto. Neste caso, entende-se que o problema não se resolve pela ilicitude, mas sim pelo elemento da culpabilidade, afastando-se a reprovabilidade da conduta da gestante que pratica o aborto. Neste sentido, Rogério Greco esclarece:

Entendemos, com a devida vênia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua

[9] Artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto Necessário I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940). Apesar de existir uma tendência quanto à descriminalização do aborto eugênico em hipóteses específicas, como observado pela autorização do aborto de anencéfalos, vale observar que a legislação brasileira continua não prevendo esta hipótese, embora seja autorizada por decisão judicial.

[10] Antijurídico, quando o agente não tiver atuado em legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito. E culpável, quando o autor do fato típico for imputável; quando houver potencial consciência sobre a ilicitude do fato; e quando houver exigibilidade de conduta diversa à praticada (GRECO, 2015, p. 196).

gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico ilícito, mas deixará de ser culpável (GRECO, 2015, p. 280).

O artigo 128 do Código Penal estabelece causas excludentes de criminalidade, porque prevê os casos de aborto legal, ou seja, escolhidos pelo legislador como lícitos diante da prática do fato. A análise feita para cada hipótese autorizadora do aborto apenas mostra os elementos que explicam sua escolha, embora, mesmo se não houvesse a previsão legal, a existência do estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa desconstituiriam o crime, por faltarem os elementos da ilicitude (ou antijuricidade) e da culpabilidade ao fato típico.

Isto é importante porque, além das hipóteses de aborto escolhidas e autorizadas pela lei penal, o conceito analítico de crime permite que o aborto seja realizado no Brasil em outros casos não previstos pela lei, julgados concretamente.

O problema encontra-se no tempo relativamente curto em que tal decisão deve ser tomada – tendo em vista o desenvolvimento fetal – e na possível demora na prestação jurisdicional. Autorizando hipóteses expressas, o legislador buscou garantir a efetividade do direito ao aborto, não tendo que recorrer ao Judiciário para isso, nos casos em que essa autorização é consenso pela coletividade.

Percebe-se que nas hipóteses abortivas aceitas consensualmente – risco de vida para a gestante e estupro – não importa a definição de quando a vida tem início. Ainda que a vida do nascituro seja considerada com o mesmo peso que a vida da gestante, a ponderação – entre duas vidas ou entre vida e honra/sofrimento extremo – resolve-se sem grandes controvérsias. A importância da certeza sobre a vida do feto existe quando a mãe está fora de perigo e a gravidez foi fruto de relação sexual consensual.

Pode se relacionar o direito penal brasileiro com o Pacto de San José da Costa Rica, pela proteção à vida desde a concepção. Neste caso, a existência de causas, no Código Penal, para a realização do aborto é explicada por não serem causas arbitrárias, o que se alinha com o previsto no parágrafo 4° do Pacto.

Paralelamente à aparente falta de dúvida quanto à proteção da vida, quando analisados o direito penal brasileiro e o Sistema Interamericano, a falta de definição constitucional sobre o início da vida permite a defesa de que direitos humanos das mulheres são violados ao se proibir a discricionariedade da gestante em realizar o aborto em outras hipóteses que não as legais, inclusive, quando sem causa aparente (subjetivas da mulher), o que representaria um limite desrespeitado pelo legislador.

2.1 O direito ao aborto, segundo direitos humanos das mulheres, e a ponderação inadequada diante da incerteza do *status* jurídico do feto.

Sendo uma questão mundialmente controversa, observa-se a descriminalização do aborto, especialmente até o terceiro mês de gestação, em muitos países democráticos, pela relativização do direito à vida do feto diante dos direitos das mulheres e do questionamento do início da vida.

Pela visão atual de direitos humanos, a criminalização do aborto seria incompatível com vários Tratados e Convenções Internacionais, que protegeriam, principalmente, os direitos à autonomia da mulher, à integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos, de igualdade de gênero e à saúde.

Quanto à normativa internacional de proteção à mulher, possui destaque a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, também conhecida como Carta Internacional dos Direitos da Mulher ou CEDAW, ratificada pelo Brasil.

Trata-se de um documento jurídico que, apesar da sua importância, também não enfrenta diretamente a questão do aborto. Com base nele, pode-se defender a legalização do aborto voluntário, pelos direitos humanos da mulher, se pensados isoladamente e dando menos peso à vida do feto – que não é objeto da Declaração.

O documento privilegia a proteção contra a discriminação nas relações de trabalho, tendo estabelecido, inclusive, em relação à mulher gestante, no seu artigo 11[11], a salvaguarda da função de reprodução, a estimulação de serviços sociais de apoio que possibilitem a conjugação das obrigações familiares com as responsabilidades do trabalho, proteção especial no trabalho às gestantes e a proibição da demissão por motivo de gravidez ou licença-maternidade (CEDAW).

Isto mostra que o artigo 11 da CEDAW se enquadra adequadamente nas discriminações positivas necessárias ao Estado para a garantia da igualdade material às mulheres, como grupo vulnerável, ao invés de autorizar o aborto, expressamente, para o alcance dessa igualdade.

Interessante notar que o mesmo artigo 11 estabelece, ao final, que as questões ali relacionadas serão examinadas e revistas conforme o desenvolvimento da ciência e

[11] Artigo 11: [...] 3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derrogada ou ampliada conforme as necessidades. [...] (CEDAW).

tecnologia. Isto se alinha com o pensamento de que tanto as legislações quanto as decisões judiciais sobre o aborto não dependem apenas dos direitos fundamentais das mulheres, mas também de conhecimentos científicos sobre a vida.

Entre os instrumentos internacionais que compõem o sistema interamericano, está a "Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher"[12], também chamada de "Convenção de Belém do Pará", ainda mais evoluída quanto ao número de direitos protegidos.

O documento busca a erradicação de toda forma de discriminação, especialmente de gênero, para o fortalecimento da democracia. A dificuldade, que vem se repetindo no raciocínio, é o grau de relatividade dos direitos fundamentais envolvidos no crime de aborto.

Em um Estado democrático, direitos fundamentais são oponíveis ao Estado e à sociedade e devem ser garantidos a toda e qualquer pessoa; não apenas à maioria a que o Poder Legislativo representou. No caso de colisão entre direitos fundamentais – entre o direito à vida do feto e direitos fundamentais das mulheres –, deve-se recorrer à ponderação[13], para estabelecer o alcance de cada um.

No entanto, a incerteza científica e o alto grau de relatividade na valoração social acerca da vida do feto parece não permitir uma solução através de uma análise de proporcionalidade na criminalização. A situação é diferente da colisão entre outros direitos fundamentais em determinada sociedade em que, por serem vistos da mesma forma pelas pessoas, ou pelo menos aceita a atribuição de valor que lhe é dada, reduzem à ponderação à argumentação do caso específico.

A conhecida polêmica do aborto reside no *status* jurídico do feto, ou seja, a partir de quando sua vida deve ser considerada e protegida pelo Estado, havendo duas posições antagônicas principais: a que considera que a vida se inicia na concepção e a que considera que a vida se inicia a partir da formação do sistema nervoso, após o terceiro mês de gestação. Esta tem coerência com o fato de a ciência considerar o fim da vida quando ocorre a morte encefálica, mas não é suficiente para definir o seu início, por existirem características vitais

[12] Artigo 1º: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. (OEA. CONVENÇÃO BELÉM DO PARÁ)

[13] Tratando-se da estrutura das normas de direito fundamental, enquanto o conflito entre regras encontra-se na dimensão da validade, o conflito entre princípios encontra-se na dimensão do peso. Tais princípios encontram-se no mesmo nível abstrato e nenhum tem precedência sobre o outro, sendo que o conflito entre eles resolve-se através da ponderação ou sopesamento, que define qual dos interesses tem maior peso, analisado sempre no caso concreto. (ALEXY, 2017, p. 93-95)

desde a concepção, como movimento, alimentação e atividade cardíaca, fundamentando a controvérsia quanto ao início da vida.

Argumenta-se que, além da incerteza científica, convicções religiosas tenham grande influência no tema. O Brasil é um país laico[14] que, além da igualdade e da democracia, estabelece a liberdade religiosa, de crença, e de consciência como direitos fundamentais[15]. No Estado laico, "para poder representar a totalidade do povo, o *laos*, o Estado está proibido de definir ou julgar o que seja uma crença aceitável ou sua justa expressão" (MILOT, 2009, p. 19, tradução nossa[16]).

Apesar de ser difícil afirmar que convicções pessoais, em geral, não tenham influência nas decisões legislativas e até mesmo judiciais, não parece que a criminalização do aborto no Brasil fira o Estado laico. Isto porque, além de as confissões religiosas estarem separadas do Estado brasileiro[17], qual é a religião que prega a realização do aborto, para a alegação do desrespeito a esta crença? No caso de ateus e agnósticos, não se pode dizer que todos, sem exceção, sejam contra a criminalização do aborto, ou que todas as pessoas concordem e sigam tudo o que suas religiões pregam. O que leva a crer que, além da influência religiosa e moral, a maior parece ser a filosófica, o que leva novamente à liberdade religiosa, mas não pela liberdade de crença e sim, pelo seu aspecto de liberdade de consciência.

Quanto à ponderação entre os direitos fundamentais em conflito na criminalização do aborto, tratando especificamente da proporcionalidade[18] na criminalização, será analisado, principalmente, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, diante das duas correntes de início da vida do feto. A adequação da medida – pensada como a efetividade na proteção da vida do feto pela redução do número de abortos[19] – não parece pertinente, já

[14] Artigo 19, I: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes nas relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...] (BRASIL, 1988).

[15] Artigo 5º, VI, da CF/88: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] (BRASIL, 1988).

[16] No original: Para poder representar la totalidad del pueblo, el laos, el Estado se prohíbe definir o juzgar lo que es una creencia aceptable o su expresión justa (MILOT, 2009, p. 19).

[17] Apesar da decisão do STF, em 2017, que autorizou o ensino religioso confessional nas escolas públicas, representando, neste caso, uma ofensa ao Estado laico e à democracia brasileira.

[18] Para Alexy, relacionando a teoria dos princípios com a máxima da proporcionalidade, nenhum princípio é absoluto e a proporcionalidade em sentido estrito exige o sopesamento, que decorre da relativização das possibilidades jurídicas, dependendo do princípio antagônico. (ALEXY, 2017, p. 116-120)

[19] Por este motivo, estatísticas sobre abortos não foram objeto deste trabalho, além do que, para serem confiáveis, deveriam envolver um tratamento estatístico comparativo robusto, compatível com um trabalho com este fim exclusivo.

que a tipificação penal de condutas não é condicionada a ela[20]. E pelo subprincípio da necessidade, se considerado que a vida inicia-se desde a concepção, não haverá outro meio de restringir menos os direitos das mulheres para se preservar a vida do feto do que impedindo o aborto.

No que se refere à violação da autonomia da mulher, o aborto violaria a sua liberdade individual, o direito de fazer suas escolhas existenciais e decidir sobre seu corpo, sem interferência do Estado ou sociedade. Este direito tem a análise da proporcionalidade com a criminalização do aborto comprometida, tendo resultados diferentes, dependendo de qual posição sobre a vida do feto se adote. Se considerada menos importante a proteção à vida do feto do que à vida do recém-nascido ou do adulto, prevalece o desrespeito desproporcional à liberdade individual da mulher que é impedida criminalmente de fazer o aborto. Já, se é considerado que existe vida desde a concepção, é desproporcional considerar que a liberdade da mulher sobreponha-se a essa vida.

Também quanto à integridade física e psíquica, parece pouco convincente, principalmente se vista isoladamente do direito à autonomia da mulher. Não parece razoável que os impactos de uma gestação no corpo da mulher – lembrando que em caso de risco de vida, o aborto é autorizado – justifiquem o aborto, já que, mesmo se a gestante considerar as alterações corporais pelas quais irá passar mais importantes que a vida do feto, para os que protegem a vida desde a concepção, esta vida tem valor por si própria, não importando o valor atribuído pela mãe. Quanto à integridade psíquica, seria necessário que laudos médicos atestassem essa condição, para o enquadramento da autorização do aborto na possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa, evitando-se o risco de não ser assegurado o direito à vida do feto sem motivos justificáveis.

Por seu turno, quanto aos direitos sexuais e reprodutivos, envolve a liberdade sexual feminina, o direito ao planejamento familiar e liga-se também ao direito à igualdade de gênero, devido à criminalização restringir a liberdade sexual das mulheres comparativamente aos homens.

Da mesma forma que nas análises anteriores, diante da corrente que considera que há vida desde a concepção, não há sentido em se falar que o aborto pode ser considerado um ato de planejamento familiar; melhor seria retirar o útero – se fosse eticamente permitido

[20] A teoria das restrições socialmente imanentes permite o questionamento da justificação da criminalização de uma conduta, diante da restrição a direitos fundamentais, devendo a resposta ser o resultado de um sopesamento (ALEXY, 2017, p. 124-130). Entende-se aplicável, portanto, a proporcionalidade em sentido estrito e não a adequação da medida.

–, no caso da definição de não se querer filhos ou a adoção de métodos anticoncepcionais, criados justamente como reação à necessidade de se garantir liberdade sexual para as mulheres.

Além disso, a liberdade sexual feminina, restrita em relação à dos homens, parece residir mais em fatores morais do que na possibilidade de se engravidar com a relação sexual. Há que se ter cautela para não se aplicar o importante princípio da igualdade material de forma distorcida, diante do ônus da gravidez que a natureza impôs à mulher.

A questão da gravidez e da criação dos filhos prejudicarem o mercado de trabalho das mulheres é uma situação desafiadora de ser contrabalanceada, para que seja atingida a igualdade material com os homens. Neste caso, deve-se pensar se é a legalização do aborto ou a prevenção a solução mais adequada, além de serem pensadas novas possibilidades para que o Estado garanta à igualdade de gênero também no mercado de trabalho das mães – mesmo havendo mulheres que prefiram se dedicar menos ao mercado de trabalho, diante da maternidade.

3. A TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO ATÉ O 3º MÊS DE GESTAÇÃO NO BRASIL.

Tendo em mente que a Constituição Federal deve ser interpretada como um todo harmônico, que ela não se posicionou expressamente quanto ao aborto e que os direitos fundamentais nela previstos são a única limitação ao legislador penal, uma das formas de enfrentamento da criminalização do aborto, juridicamente, é através da técnica de controle de constitucionalidade.

No Brasil, coexistem os sistemas de controle difuso e concentrado. O controle difuso acontece no caso concreto, sendo que a decisão não é vinculante e produz efeitos apenas *inter partes*. O controle concentrado acontece quando uma ação abstrata – em que se questiona a constitucionalidade da lei em si – é proposta perante o STF por um dos legitimados, sendo que a decisão produz efeito vinculante e *erga omnes* no território nacional.

3.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54): a descriminalização do aborto de fetos anencefálicos.

A ADPF, única no direito comparado, é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que tem se mostrado como o caminho possível para a descriminalização do aborto no país, por meio judicial.

Representa uma tendência de ampliação da jurisdição constitucional, já que seu objeto não são apenas leis possivelmente inconstitucionais, mas evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público[21] – seja ele normativo ou não, limitado a preceitos fundamentais[22].

Possui a característica de ser a única das ações do controle concentrado que pode referir-se a normas pré-constitucionais – caso do Código Penal brasileiro, de 1940. E tem como um de seus requisitos a subsidiariedade em relação às outras ações constitucionais[23] – preenchido, já que não foi o caso de o Legislativo ter se omitido quanto à sua função de regular o aborto, e que seria questionável dizer que a escolha de proteger a vida desde a concepção seria inconstitucional.

A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde em 2004, tendo como advogado o atual Ministro Luís Roberto Barroso. Pedia a interpretação conforme a Constituição Federal dos artigos 124, 126 *caput* e 128, I e II do Código Penal para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a "antecipação terapêutica do parto" de fetos anencefálicos seria crime. O objetivo foi assegurar que as mulheres não precisassem de autorização judicial e que os profissionais de saúde não respondessem a processo-crime pela realização deste aborto. Uma das justificativas foi, inclusive, a questão de não haver tempo hábil para recorrer à justiça no caso concreto, e a necessidade de uniformidade dos julgados (BRASIL, 2012)

Foram indicados como preceitos fundamentais que foram violados: a dignidade da pessoa humana – com o sofrimento da gestante, colocado como análogo à tortura, desnecessário, diante da inviabilidade da vida extrauterina –, o direito à liberdade e autonomia da vontade e à saúde. A fundamentação do pedido, diante do direito à vida do feto, baseou-se em o aborto envolver a vida extrauterina, o que retiraria o anencéfalo da condição de sujeito passivo do crime de aborto (BRASIL, 2012)

[21] Artigo 1º: A argüição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (BRASIL, 1999).

[22] Não são taxativos. Dizem respeito aos grandes e mais básicos preceitos da Constituição, imprescindíveis à manutenção da vontade constituinte originária.

[23] Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro aconteceu em 2012 e incluiu o aborto de anencéfalos como mais uma hipótese autorizadora para o aborto no Brasil. Segundo a decisão, não há crime nesta hipótese[24], por se tratar de uma questão de atipicidade formal, já que o feto anencefálico não é, segundo a Corte, objeto material do delito (ser humano vivo), protegido pelo direito penal (BRASIL, 2012).

Torna-se importante mencionar a questão de ordem suscitada pela Procuradoria-Geral da República, alegando que o Supremo Tribunal Federal não possuía competência para processar e julgar esse pedido, por se tratar de matéria penal. No caso da ADPF nº 54, essa controvérsia foi manifestada, inclusive, no voto de dois dos Ministros do Supremo (Lewandowiski e César Peluso), pois a Corte teria usurpado poderes do Legislativo ao autorizar a questão do aborto do anencéfalo, criando uma nova possibilidade de aborto no Brasil, o que só poderia acontecer através de processo legislativo (BRASIL, 2012)

A decisão mostra-se discutível para além da competência. Enquanto no aborto, em sentido geral, discute-se se há vida que valha a pena ser protegida, no caso do aborto de anencéfalos, a discussão restringiu-se a haver ou não vida – mesmo fadada à morte – a ser protegida, em detrimento do sofrimento da mãe.

Embora se reconheça a inadequação, perante os direitos fundamentais da mulher, de se exigir que ela mantenha uma gravidez deste tipo, e a justificativa da necessidade de uniformidade da decisão judicial e da demora nesses processos seja adequada, os argumentos utilizados para a ponderação permitem o questionamento da fundamentação da decisão. Parece mais adequado que o foco tivesse sido a exclusão do crime por ausência de culpabilidade da mãe, diante da inexigibilidade de conduta diversa da mãe.

3.2 O *Habeas Corpus* (HC) 124.306: a decisão do Supremo Tribunal Federal – não vinculante e de efeitos *inter partes* – de que o aborto até o 3º mês de gestação não é crime.

[24] Lembrando que a exclusão de crime só pode se dar através de lei penal, uma explicação para isso, talvez melhor do que considerar o anencéfalo como um ser sem vida, é considerar uma relativização do princípio da legalidade penal, por ter sido um caso de não existir a tipificação anterior do crime de aborto de anencéfalos, a ser excluídos.

Pouco tempo depois da decisão da ADPF nº 54, a decisão, em 2016, de um *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal Federal causou grande repercussão no Brasil e abriu um precedente importante para a descriminalização do aborto no país.

O caso foi de um *habeas corpus* para afastar a prisão preventiva de acusados da prática de aborto, presos em flagrante, em 2013. O *habeas corpus* foi considerado não cabível processualmente, mas foi concedida ordem de ofício para o afastamento da prisão preventiva, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A decisão fundamentou-se em não haver os requisitos necessários, previstos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), para a manutenção da prisão e, causa da relevância da decisão – após voto do Ministro Barroso, acompanhado pela Ministra Rosa Weber e pelo Ministro Fachin – em declarar que o aborto até o terceiro mês de gestação não é crime, não havendo, portanto, que manter prisões preventivas sob essa justificativa (BRASIL, 1941).

A decisão foi polêmica por, na prática, ter descriminalizado o aborto voluntário no caso concreto, de forma inesperada, já que não havia um processo legislativo ou uma ação judicial em curso para este fim específico. Ocorreu, tecnicamente, a realização de controle difuso de constitucionalidade, que pode se dar através de ofício, tendo efeito apenas para aquelas partes e sem caráter vinculante – não obriga as decisões judiciais a partir daí, embora crie precedente.

Decisões judiciais que autorizam o aborto em situações concretas não são raras, mas essa, especificamente, foi peculiar.

O pedido do *habeas corpus* foi para afastar a prisão preventiva, pela ausência dos requisitos do artigo 312 do CPP e pela desproporcionalidade na conduta – já que, se fossem condenados, cumpririam pena em regime mais leve. Não foi pedido que fosse atribuído menor peso à prática abortiva criminalizada (BRASIL, 1941).

É certo que o controle difuso não é restrito ao pedido, podendo o juiz, de ofício, estabelecer o controle de constitucionalidade percebido no caso, mas a conjugação de fatores – de não ter sido pedido no *habeas corpus*, de não fazer grande diferença para o afastamento da prisão preventiva[25], de o Código Penal definir o aborto até o 3º mês como crime, e da conhecida atuação do Ministro Barroso a favor da descriminalização do aborto no Brasil[26] – tornaram polêmica a decisão que já seria questionável no âmbito de um processo específico.

[25] Tanto que dois Ministros optaram por não se manifestar quanto à discussão criminal (Marco Aurélio e Luiz Fux).

[26] O Ministro Barroso, que havia sido o advogado da requerente na ADPF nº 54.

O Ministro Barroso alegou que era preciso conferir interpretação conforme à Constituição àqueles artigos – alegando relevância excepcional – no que parece, mostrando um interesse nacional. No entanto, neste âmbito, a jurisdição constitucional, seja por ação ou omissão, deveria ser provocada. Ou seja, não foi caso de jurisdição constitucional, por se tratar de um caso específico, mas os interesses eram *erga omnes*, para além das partes envolvidas.

Segundo a decisão, a criminalização até o 3º mês viola um núcleo de direitos fundamentais das mulheres, ultrapassando limites e não sendo compatíveis com a Constituição Federal. Basicamente, segue os mesmos argumentos utilizados em defesa da descriminalização, vistos no item de direitos fundamentais das mulheres.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos, que na ADPF nº 54 concentravam-se na inviabilidade da vida do anencéfalo, agora se baseiam no direito das mulheres e no fato de a vida do feto adquirir mais valor ao longo do tempo, o que traz a necessidade de um limite temporal para o aborto. Isto está de acordo com Ommati (2018, p. 84) segundo o qual "o feto é uma pessoa em potencial e ele vai adquirindo direitos na medida em que a mãe, o pai e suas famílias realizam investimentos financeiros, afetivos e psicológicos para a chegada dessa nova criatura".

Quanto ao reconhecimento de que a ponderação ou análise da proporcionalidade não pode oferecer uma solução jurídica para o conflito entre direitos fundamentais na criminalização do aborto, o raciocínio do Ministro Barroso, no seu voto, harmoniza-se com o pensamento desenvolvido neste trabalho de investigação. Segundo o Ministro, "a proporcionalidade, irmanada com a ideia de ponderação, não é capaz de oferecer, por si só, a solução material para o problema posto". Mas, para ele, o caminho lógico construído pela argumentação fornece o controle intersubjetivo das decisões.

Também em consonância de raciocínio, a decisão diz, em relação à controvérsia do início da vida, que não há solução jurídica; que dependerá sempre de uma escolha religiosa ou filosófica de cada um a respeito da vida.

Além disso, a técnica da interpretação conforme a Constituição Federal parece ter sido escolhida porque não era caso de se declarar a inconstitucionalidade – o que obrigaria a retirada da norma elaborada pelo Legislativo do ordenamento –, mas de acrescentar mais uma hipótese de autorização. Sendo assim, não havia outra forma possível juridicamente de sanar a alegada lesividade das normas estabelecidas pelo legislador penal, que não através da

ADPF, com a ideia de interpretação conforme a Constituição - discutível, já que é utilizada em situações em que a norma permite várias interpretações.

Com a decisão, houve a primeira mudança no direito referente ao aborto no Brasil, incluindo mais uma hipótese autorizadora e abrindo o caminho da descriminalização pelo Poder Judiciário.

Conclui-se que nos dois casos – ADPF nº 54 e HC 124.306 – embora um seja de controle concentrado e outro seja de controle difuso, a técnica de decisão no controle de constitucionalidade denominada "interpretação conforme (a Constituição)" vem favorecendo a atuação ativista do Judiciário contrariamente à criminalização do aborto.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Diário Oficial da União, 1940.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 124.306-SP**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311410567&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do artigo 102 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União - Seção 1, 6/12/1999, p. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteiro Teor do Acórdão. ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina (CFM)**. CFM esclarece sua posição sobre interrupção da gestação. Brasília, jul, 2018. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27717:2018-07-10-17-44-53&catid=3>. Acesso em: 14 ago. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, v. I.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira de. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Forense, Rio de Janeiro: Método, São Paulo, 2015.

MILOT, Micheline. **La laicidad**. Madri: CCS, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundam**entais. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OEA. **Convenção Interamericana dos Direitos Humanos**. 1969. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. 1969. Belém do Pará. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Modelo constitucional de processo coletivo na teoria das ações coletivas como ações temáticas: um estudo crítico do meio ambiente como direito humano

Poliana Cristina Gonçalves[1]

Fabrício Veiga Costa[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução**. 2.** O Modelo Constitucional de Processo no Estado Democrático de Direito. **3.** Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas. **3.1.** Construção do mérito pelo sistema participativo. **3.2** Meio Ambiente como Direito Humano e a Participação discursiva de todos os interessados na construção do provimento final. **4.** Meio ambiente como direito humano e a participação discursiva de todos os interessados na construção do provimento final Conclusão. **5.** Conclusão. **6.** Referências.

1. **INTRODUÇÃO**

A reconstrução do Processo Coletivo a partir do Modelo Constitucional de Processo é uma necessidade no Estado Democrático de Direito. A superação do modelo de processo coletivo, centrado no sistema representativo, viabiliza o seu entendimento crítico mediante a participação de todos aqueles juridicamente interessados na construção do mérito das ações coletivas. Dessa forma busca-se, com a presente pesquisa, apresentar um debate jurídico acerca da problemática e da necessidade de discussão da procedimentalização do processo coletivo desvinculado de acepções autocráticas e individualistas. O advento do Direito Coletivo como ramo cientificamente autônomo demonstra a necessidade de proposições tendentes à criação de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, justamente para alcançar o desvencilhamento com o modelo de processo centrado em pretensões de cunho individual.

[1] Professora no Centro Universitário de Patos de Minas/MG - UNIPAM. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG - UIT.

[2] Pós-Doutor em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Professor do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna/MG – UIT.

Faz-se necessária a sistematização de toda a legislação brasileira esparsa referente aos Direitos Coletivos, com a finalidade de buscar a construção de um sistema jurídico de proteção das pretensões dos interessados difusos nos moldes democráticos. Reformas processuais pontuais não são suficientes para a ruptura com a acepção instrumentalista de processo[3], centrada no ideal individualista e liberal. Faz-se necessário repensar o processo constitucional a partir do entendimento de que o Devido Processo Legal, a Isonomia Processual, a Publicidade dos atos processuais, o Contraditório e a Ampla Defesa são corolários indispensáveis à efetivação dos Direitos Fundamentais garantidos no plano constituinte.

É nesse contexto teórico que necessita-se pensar no processo coletivo sob à ótica crítica[4] do principio da Supremacia da Constituição, para, assim, se implementar a participação dos interessados no provimento a partir da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas. A democratização do acesso à jurisdição coletiva pelo principio da participação é o fundamento suficiente para ser superado o entendimento dogmático de uma jurisdição autoritária, centrada no poder do julgador, e assim apresentar proposições suficientes ao entendimento da jurisdição como um Direito Fundamental assegurado indistintamente a todos os cidadãos de discutirem pretensões tanto de conotação individual quanto coletiva.

A hipótese cientifica que conduzirá todo o estudo proposto nessa pesquisa gira em torno da seguinte problemática: o atual modelo de processo coletivo proposto pela Escola Instrumentalista corrobora com o paradigma do Estado Democrático de Direito? Certamente não, uma vez que o fato do Direito Processual Coletivo ser discutido sob o patamar da representatividade não é suficiente para viabilizar a participação direta dos interessados difusos e coletivos na construção isonômica do provimento jurisdicional, cujos efeitos da decisão afetarão indistintamente todos aqueles a quem devem ser assegurados o direito de participação no debate dos temas correlatos à pretensão inicialmente deduzida.

---

[3] "A revisitação da metódica pluralista e aberta da visão instrumentalista do direito processual para contextualizá-la e redimensiona-la à luz da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais é hoje caminho necessário para a ordenação do direito processual, a fim de que ele possa cumprir suas reais funções de instrumento como meio de proteção e de efetivação material da Constituição, com a transformação positiva da realidade social. É essa uma exigência das próprias diretrizes do Estado Democrático de Direito, especialmente no plano do direito coletivo, inserido constitucionalmente, na teoria dos direitos e das garantias fundamentais". ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 146.

[4] "[...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática". POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos.* Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 396.

Outra hipótese cientifica relevante de ser proposta como debate na presente pesquisa cientifica é analisar se o Meio Ambiente pode ser considerado um Direito Humano em razão da sua titularidade pertencer a um número indeterminado de sujeitos interessados juridicamente a participar de forma ampla e efetiva na construção discursiva do provimento final.

A delimitação do objeto da investigação cientifica proposta ocorreu mediante a utilização do método indutivo-dedutivo, partindo-se de uma análise crítica do processo coletivo representativo para se chegar à uma garantia de decisões participadas dos interessados difusos e coletivos, notadamente em decisões relacionadas ao meio ambiente, o qual deve ser visto um direito humano pertencente a todos, utilizando-se da pesquisa teórico-bibliográfica, através do exame de fontes de autores/pesquisadores que discutem o tema abordado de maneira direta ou indireta, objetivando-se assim a otimização do estudo a partir de uma análise comparativa e interpretativa de modo contextualizado e crítico com o levantamento teórico-bibliográfico.

2. O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As bases para a compreensão do Estado Democrático de Direito[5] encontram-se na Hermenêutica Dircursivo-Constitucional, ou seja, na superação do personalismo hermenêutico, de interpretações meramente literais, gramaticais, históricas, teleológicas.

A compreensão da sistematicidade jurídico-constitucional faz-se necessária na pós modernidade[6] para que as normas jurídicas sejam interpretadas a partir da Constituição. A

[5] Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia publica e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

[6] "A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva,embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação,não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralisticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais". LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica.* São Paulo: Landy, 2002, p. 30.

jurisdição[7] não pode mais ser estudada como o poder dever do Estado-Juiz de dizer o direito no caso concreto nem o processo ser visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição[8]; a jurisdição deve ser compreendida como um direito fundamental e o processo como garantia constitucional[9]. A superação do pessoalismo do julgador na análise do caso concreto é pressuposto teórico para o entendimento crítico-epistemológico de que o processo coletivo democrático é um espaço que legitima todos os interessados difusos e coletivos no debate amplo e constitucionalizado de todas as questões que integram a pretensão metaindividual deduzida em juízo.

A garantia de participação na construção do mérito do processo coletivo não deve ser uma prerrogativa adstrita ao personalismo do julgador, haja vista tratar-se de um Direito Fundamental garantidor da implementação da cidadania. O sistema representativo como parâmetro ao estudo do processo coletivo é a demonstração do caráter autocrático da legislação pátria, ao limitar o entendimento da legitimidade processual apenas àquelas pessoas autorizadas e escolhidas pelo legislador, como é o caso da exclusão do cidadão como legitimado para a propositura da ação civil pública.

No Estado Democrático de Direito a democracia é o regime político capaz de garantir formal e materialmente o exercício dos direitos fundamentais, cuja legitimidade perpassa pela participação dos seus destinatários na construção das normas jurídicas a partir da teoria do discurso jurídico, conforme entendimento preconizado por Habermas:

> Neste ponto, é possível enfeixar as diferentes linhas de argumentação, a fim de fundamentar um sistema dos direitos que faça *jus* à autonomia privada e pública dos cidadãos. Esse sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo[10].

[7] Importante esclarecer que a menção ao tema jurisdição no presente momento faz-se necessária em decorrência da necessidade de esclarecimento de como o Judiciário exerce a função jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Não constitui objeto central da presente dissertação o estudo referente à jurisdição e por isso a menção ao tema tem apenas a finalidade de ampliar a discussão proposta inicialmente.

[8] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

[9] DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107-118.

[10] HABERMAS, Jürgen. *DIREITO E DEMOCRACIA entre faticidade e validade.* 2.ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 154.

Nesse mesmo sentido se manifesta Habermas: "A idéia da autolegislação de civis exige que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito[11]".

O fundamento da legitimidade democrática é a garantia assegurada a todos os interessados de fiscalizar amplamente a construção participada do provimento. Nesse sentido ressalta-se o entendimento de Dhenis Cruz Madeira:

> Por conseguinte, obstruir a fiscalidade popular sobre a norma jurídica é dar margem à vida nua, criando-se um espaço discursivo indemarcado e não-fiscalizável. Com isso, fomenta-se o aparecimento do espaço do soberano (e não o da soberania popular), do locutor autorizado da lei, que, à semelhança do soberano de Kafka, diz o que pode e o que não pode, sem, contudo, ofertar os fundamentos de suas decisões, ou mesmo, permitir que o destinatário da norma aponte as ausências do discurso normativo. Esse espaço do soberano, a nosso ver, permite a criação de uma dimensão política acima da jurídica[12].

Buscando-se os fundamentos teóricos precipuamente na doutrina da legitimação democrática do direito preconizada por Jürgen Habermas e na visão crítica falibilista[13] de Karl Popper, Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo no Estado Democrático de Direito a partir da premissa de que não é uma simples espécie de procedimento, mas sim instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais. Há uma identidade cientifica existente entre a Teoria Neo-institucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas

---

[11] HABERMAS, Jürgen. *DIREITO E DEMOCRACIA entre faticidade e validade.* 2.ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 157.

[12] MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24.

[13] "[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e ate mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento". POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos.* Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

buscam o seu fundamento teórico nos direitos fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade "de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos[14]".

Os direitos fundamentais, considerados o substrato interpretativo da presente teoria, serão enunciados jurídicos processualmente decididos por uma sociedade apta efetivamente ao exercício da cidadania. A pressuposição democrática é que o direito seja legitimamente projetado e construído por uma Comunidade Política consciente e conhecedora do projeto constitucional consistente na democratização da atividade legiferante[15].

O exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito pressupõe o conhecimento da Teoria Processual dos Direitos Fundamentais[16] discursivamente construídos pelos seus destinatários. O referente lógico-jurídico para a compreensão da Teoria Neo-institucionalista do processo é a principiologia constitucional. Nos dizeres de Leal:

> De conseguinte, o que se busca com uma teoria neo-institucionalista do processo é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente processo, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um Discurso advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitariazação continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma *Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático*[17].

O processo deve buscar na Hermenêutica Constitucional Democrática o referencial para a previsibilidade e objetividade das decisões judiciais. A qualidade democrática de uma Sociedade Jurídico-Política é definida pela produção das normas jurídicas a partir da institucionalização do Processo Constitucional[18]. O povo deve ser o pressuposto da legitimidade, criação, aplicação e alteração do direito.

---

[14] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. 4*. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 97.
[15] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 95-96.
[16] Importante destacar que a Processualidade Democrática dos Direitos Fundamentais será discutida em tópico posterior.
[17] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 97
[18] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 98.

O enunciado do processo para a Teoria Neo-institucionalista funda-se nos princípios institutivos[19]: contraditório, isonomia e ampla defesa. A marca fundamental do contraditório no paradigma do Estado Democrático é a igual oportunidade de participação dos interessados na construção dos provimentos estatais[20]. Para Dierle Nunes o principio do contraditório é entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação[21]. Gonçalves entende que o contraditório tem como base a liberdade na busca da decisão participada[22]. Através do contraditório, deve ser assegurada a defesa, não podendo ninguém ser condenado sem ela[23].

É imprescindível a observância do contraditório pelo juiz que deverá adotar as providências necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar[24]. Trata-se de um direito-garantia das partes exercerem livremente o direito de nada dizerem[25]. O exercício da função jurisdicional se dará com a obrigatória participação em contraditório dos interessados nos efeitos dos provimentos judiciais[26].

Nesse contexto observa-se que o principio do contraditório desencadeia uma série de implicações na aquisição e na valoração da prova em vista da decisão sobre o fato[27].

> Indispensável ao exercício do contraditório, a isonomia, enquanto direito-garantia constitucionalizada, preza pela liberdade de tratamento jurídico igual que não se opera pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual, ou seja, tal

[19] " [...] como elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-juridicos), sem os quais não se definiria o PROCESSO em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. Como princípios jurídico-institutivos do PROCESSO, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, merecem estudo particularizado". LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.* 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 103.

[20] LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

[21] NUNES, Dierle José Coelho. *O principio do contraditório.* Boletim Técnico da ESA/MG, v. 1, jan/jul 2004, p. 42.

[22] GONÇALVES, Aroldo Plinio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 128.

[23] CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

[24] ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O Novo Processo Constitucional.*Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 119.

[25] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.103.

[26] DIAS,Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 87/88.

[27] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 160.

> princípio constitucional não pode ser utilizado para conferir tratamento jurídico discriminatório aos indivíduos[28].

No âmbito do processo coletivo democrático, o contraditório efetiva-se com a oportunização conferida a todos os interessados difusos e coletivos de debater amplamente todos os pontos controversos da demanda no âmbito da constitucionalidade vigente. Ou seja, afastar o cidadão do rol dos legitimados e impedi-lo de participar processualmente do debate de todos os pontos controversos das demandas coletivas é a forma mais clara de deslegitimar democraticamente o provimento final.

Importante esclarecer que o grau de democraticidade do provimento final numa ação coletiva está diretamente vinculado à oportunidade efetiva conferida a todos os interessados difusos e coletivos de participarem discursivamente da construção do provimento final, algo que se torna inviável quando se compreende o processo coletivo na perspectiva do sistema representativo.

O direito de igualdade perpassa pelo exercício amplo, efetivo e irrestrito dos direitos fundamentais nos patamares constitucionais. A isonomia é o principio garantidor da igualdade argumentativa na formação do discurso de produção e aplicação do direito e da igualdade procedimental de igual tratamento. O processo legitima o exercício da função jurisdicional por meio da isonomia processual. A isonomia processual, pressuposto do Estado Democrático, afasta qualquer tipo de privilegio e proíbe quaisquer distinções não autorizadas pelo texto constitucional. Nos dizeres de Leal "o Processo na Teoria do direito democrático é o ponto discursivo da igualdade dos diferentes"[29].

No âmbito da processualidade democrático-discursiva das ações coletivas a isonomia processual é pressuposto da legitimidade jurídica do provimento final, haja vista que a todos os interessados difusos e coletivos deverá ser oportunizado o direito de argumentar processualmente as questões controvertidas para, assim, participarem da construção do provimento final.

Considerada a co-extensão dos princípios do contraditório e da isonomia, a ampla defesa garante a irrestrita argumentação no direito de defesa. A dialeticidade entre as partes e a bilateralidade de ação são os elementos caracterizadores do contraditório que deverá

[28] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.103.
[29] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p.105.

oportunizar o direito de informação e reação; o principio da ampla defesa se materializa quer na defesa técnica exercida pelo advogado, quer na autodefesa do acusado[30].

Através do principio da ampla defesa destaca-se que a todos os interessados difusos e coletivos deverá ser oportunizado o direito de produzir provas e esclarecer processualmente os pontos controversos e debatidos em juízo. Ou seja, além de oportunizar aos interessados difusos e coletivos o direito de produzir provas no âmbito das ações coletivas ambientais, sabe-se que a eles deverá ser assegurado o direito de ver tais provas juridicamente apreciadas pelo julgador no ato de sua decisão.

A legitimidade democrática do provimento final nas ações coletivas ambientais está diretamente vinculada à oportunidade de argumentação ampla dos pontos controversos e produção de provas no âmbito processual, além da garantia conferida a todos os interessados de que seus argumentos e provas produzidos serão obrigatoriamente apreciados pelo magistrado em decisão jurídico-constitucionalmente fundamentada. Adiante, discutir-se-á a problemática da reconstrução do processo coletivo a partir da Teoria das Ações Coletivas como ações Temáticas visando compreender o Modelo Constitucional de Processo no Estado Democrático de Direito.

3. TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS

A construção do mérito participado no processo coletivo pressupõe a ruptura com o entendimento do direito coletivo a partir do sistema representativo para, conseqüentemente, repensá-lo no modelo participativo. Por isso é imperiosa a ampliação do rol de legitimados para, por conseguinte, permitir que o maior número possível de interessados possa defender suas teses em juízo. O processo coletivo no modelo constitucional democrático deve viabilizar amplamente o exercício da cidadania através da participação ampla e direta de todos os interessados na construção do mérito da demanda. Ou seja, o mérito da demanda não pode ser predefinido apenas pelos legitimados previamente determinados em lei, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional perpassará pela ampliação da participação de todos os legitimados e interessados na demanda: "Quanto maior fosse a

[30] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.57-59.

participação na formação do mérito, maior seria a legitimação da decisão do processo coletivo em relação aos efeitos que produziria em face dos interessados difusos"[31].

É nesse contexto que se constrói a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas:

> A ação coletiva dever ser a demanda que propõe um tema, abrindo a possibilidade de que o próprio conteúdo do processo seja definido de modo participativo. O processo coletivo demanda, portanto, uma fase inicial na qual o seu objeto seja formado. O mérito do processo é construído, dentro de um determinado período de tempo fixado na lei, até quando será possível que os diversos interessados compareçam na demanda e formulem seus pedidos[32].

A formação participada do mérito no processo coletivo não se dará no momento inicial de propositura da ação, mas sim será construído mediante a oportunização efetiva de todos os interessados difusos juridicamente legitimados apresentarem temas coerentes com a pretensão inicialmente deduzida em juízo para, a partir desse contexto, reconstruir o processo coletivo democrático a partir do sistema participativo.

O momento processual para a estabilização da demanda dar-se-á através da fixação dos pontos controvertidos que será após a efetivação do direito de participação em contraditório no processo decisório que afetará todos os interessados. A realização de audiências públicas para o debate de questões ambientais objeto de ações coletivas é imprescindível na delimitação e debate amplo dos pontos controversos da demanda por todos os interessados difusos. Considerando-se o meio ambiente como um Direito Humano verifica-se que toda coletividade é diretamente atingida pelos efeitos jurídicos do provimento final, razão essa que legitima democraticamente sua participação discursiva na definição e debate amplo dos pontos controvertidos.

A implementação do contraditório, enquanto principio institutivo do processo[33], dar-se-á através a efetiva participação de todos os interessados difusos na construção do mérito do processo coletivo e, conseqüentemente, na construção participada do provimento jurisdicional. Trata-se de uma teoria cujo conceito de jurisdição não se encontra centrado

[31] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 181.
[32] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 179.
[33] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. 4*. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

solitariamente na pessoa do julgador que, mediante a efetiva participação na construção do mérito, terá reais condições de proferir sua decisão, vinculando-se a todos os pontos controversos debatidos e todas as provas produzidas processualmente pelas partes interessadas. Ou seja, constitui dever do magistrado fundamentar jurídico-constitucionalmente sua decisão a partir de tudo que foi debatido e provado pelos interessados difusos e coletivos no âmbito processual.

Serão considerados legitimados à construção do mérito do processo coletivo todos aqueles interessados que demonstrarem que sofrerão os efeitos da decisão judicial. Nesse sentido:

> Proposta uma ação cuja decisão envolva bem que afete um numero indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do Ministério Público, o que já ampliaria o rol dos legitimados presentes na ação e envolverá um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade.
>
> Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos e o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo[34].

Admitir o Ministério Público como o único legitimado a propositura das ações coletivas é legitimar a violação do principio do contraditório e ampla defesa mediante a supressão da participação de todos os interessados difusos na construção participada do mérito coletivo, suprimindo o direito de debate amplo dos pontos controversos e das provas processualmente produzidas pelas partes interessadas. A publicização da pretensão deduzida é o fundamento para a construção participada do mérito mediante ampla fiscalidade por todos aqueles juridicamente interessados.

3.1 A construção do mérito pelo sistema participativo

[34] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 183.

A compreensão crítica do mérito participado decorre do entendimento do processo e das ações coletivas sob a ótica do processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

Toda problemática perpassa inicialmente pela distinção jus-filosófica existente entre direito e interesse. Inicialmente é importante ressaltar o pensamento de Ihering, considerado um utilitarista, que compreendia o direito a partir da idéia de existência de um fim prático. É como explicita Vicente de Paula Maciel Junior, citando Edgard Bodenheimer "Ihering calcou o ponto centrar de sua Filosofia do Direito no fim. O fim como criador de todo o Direito, não havendo norma jurídica que não deva sua origem a um fim ou motivo prático"[35], e nesse contexto afirma que "Ihering entendia que os direitos não existem apenas para realizar a idéia de vontade jurídica abstrata[36]".

A partir dessas considerações iniciais afirma-se que os interesses jurídicos são construções individuais e de caráter liberal cuja aplicabilidade no âmbito coletivo torna-se inviável. Dessa forma sabe-se que juridicamente o mais adequado não é falar em interesses metaindividuais ou transindividuais, mas sim em Direitos Coletivos cuja efetivação dar-se-á através das ações coletivas e do processo coletivo. Nesse sentido revela-se o entendimento do professor Vicente de Paula Maciel Junior:

> Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão interesses difusos foi idealizada tomando como pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados[37].

[35] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 20.
[36] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 20.
[37] MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006, p. 57-58.

A garantia efetiva da participação pressupõe a publicização e a divulgação ampla da pretensão através de editais e outros meios de comunicação efetivos, tais como os veículos de comunicação, para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão. Essa foi a proposta adotada pela nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 13 que tramitava no Congresso Nacional através do Projeto de Lei n° 5.139/2009:

> Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.
>
> Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo[38].

Importante esclarecer nessa publicização o objeto exato a ser discutido, com o propósito de impedir alegações e discussões impertinentes e não relacionadas ao objeto em questão. O controle dessa participação dos juridicamente interessados será feito democraticamente pelo Ministério Publico e pelo magistrado, priorizando sempre o debate que venha acrescentar e contribuir para o deslinde da pretensão deduzida em juízo.

Talvez o grande desafio prático enfrentado pelo Judiciário seja instrumentalizar efetivamente tal participação, argumento esse que deve ser rechaçado e que não pode ser utilizado como subterfúgio à supressão da construção participada do mérito participado das

[38] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5B3044B94AB5730A1BCA356C31BB96CC.proposicoesWebExterno1?codteor=651669&filename=Tramitacao-PL+5139/2009>

ações coletivas. Considerando que tal participação é um Direito Fundamental assegurado a todos os cidadãos juridicamente interessados e atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional afirma-se que problemas estruturais enfrentados pelo Judiciário jamais poderão ser argumentos utilizados para suprimir tal participação.

Ressalta-se, ainda, a obrigatoriedade de observância efetiva dos princípios constitucionais da isonomia processual, contraditório e ampla defesa, para que não se enfrente participações meramente formais na discussão do mérito das ações coletivas. No momento da construção do provimento jurisdicional o magistrado deverá apresentar argumentos jurídicos suficientes para admitir ou rechaçar as alegações apresentadas por todos aqueles que participaram do debate jurídico da pretensão coletiva.

É importante que fique claro que o foco de discussão para a construção participada do mérito na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas é o objeto e não o sujeito, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional não se limita em oportunizar a todos os cidadãos o direito de participar diretamente da construção do provimento, mas sim oportunizar, mediante o principio da publicidade, que sejam apresentados todos os temas e argumentos possíveis, coerentes e pertinentes com a pretensão inicialmente deduzida. É nesse sentido que o mérito participado deve ser pensado: garantir efetivamente a oportunidade de apresentação de todos os temas, argumentos e alegações pertinentes a pretensão coletiva ou difusa inicialmente deduzida em juízo como forma de definir o objeto do processo coletivo e conseqüentemente viabilizar a construção participada do mérito.

4. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO E A PARTICIPAÇÃO DISCURSIVA DE TODOS OS INTERESSADOS NA CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO FINAL

É certo que, diante da globalização, hoje se vive diante de um constante crescimento econômico coagido pelo capitalismo consumista, ressaltando-se que a competição internacional nos vincula a este comportamento que pode ser chamado comportamento de consumo, em particular, na omissão de se definirem regras específicas para disciplinas práticas no ramo do Direito Ambiental, diante de um cenário competitivo que alterou o cenário mundial radicalmente frente ao Desenvolvimento Sustentável.

É importante esclarecer inicialmente que todos, sem exceção, têm ou pelo menos deveriam ter o direito ao Ambiente ecologicamente equilibrado, uma das razões pelas quais

no Brasil, a Lei Infraconstitucional nº 6.938, de 31 de agosto de 1981[39], foi pioneira na implementação do Direito Ambiental no Brasil que estabeleceu conceitos gerais na tentativa de se definir este ramo do direito, para fins jurídicos. Foi sem dúvida uma contribuição *lege ferenda*, uma vez que de *lege data* há expressa previsão do instituto que está claramente exposto em seu art. 3º, incisos I-V. *In Verbis*:

> Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
>
> II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
>
> III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
>
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
>
> IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;
>
> V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Portanto, a expressão meio ambiente, como se vê na conceituação da Lei nº 6.938/81, não retrata apenas a idéia de espaço, de simples ambiente. Pelo contrário, vai além

[39] BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Brasília, *Diário Oficial da União*, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>

para significar, ainda, o conjunto de relações – físicas, químicas e biológicas – entre os fatores vivos [Bióticos] e não vivos [Abióticos]. Tentando traduzir o conceito no Brasil pode-se dizer que proteger o Meio Ambiente significa proteger o espaço, lugar, recinto, que abriga, que permite, e que conserva todas as formas de vida. Entretanto, esse espaço não é algo simples, porque é resultante de combinações da relação e da interação de diversos fatores que nele se situam e que formam: os elementos essenciais à vida humana e não humana[40].

A Conferência de Estocolmo de 1972, a Conferência do Rio de 1992 e a Conferência de Joanesburgo de 2002 são considerados marcos de debate internacional no que tange às questões ambientais, principalmente climáticas, geração de energias renováveis e a preocupação de sistematização de uma agenda global que se paute na premissa da sustentabilidade. É nesse cenário que o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser visto como um Direito Humano, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas. A primeira geração de Direitos Humanos é pautada na proteção dos direitos e liberdades individuais; na segunda geração destaca-se os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes da primeira geração; na terceira geração de Direitos Humanos encontra-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sua proteção e conservação.

Está evidente que a busca pela proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui uma preocupação internacional, fato esse que nos leva a afirmar que se trata de um Direito Humano, cuja titularidade pertence a um número indeterminado de pessoas afetadas diretamente pelas condutas voltadas à degradação ambiental. Qualquer conduta comissiva ou omissiva contrária ao meio ambiente ecologicamente equilibrado afeta diretamente toda a coletividade, tal como se verifica no Brasil o recente acidente ecológico envolvendo a Empresa Samarco. Nesse caso especifico vislumbra-se inúmeras pessoas afetadas diretamente e toda a coletividade atingida de forma direta e indireta.

Considerando-se o meio ambiente como um direito humano e cunho difuso sabe-se que toda coletividade de interessados difusos tem legitimidade jurídica de participar ativamente da construção discursiva dos provimentos jurisdicionais decorrentes de ações coletivas que tem como objeto o debate de questões ambientais. Manter a coletividade fora do debate processual dos pontos controversos das questões ambientais que integram a demanda é reconhecer a ilegitimidade do processo coletivo, ainda pautado no sistema representativo em razão da não implementação efetiva do sistema participativo.

[40] RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 64.

5. CONCLUSÃO

A reconstrução do processo coletivo a partir do Modelo Constitucional de Processo passa pelo entendimento da Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas, que utiliza o sistema participativo como instrumento de ampla fiscalidade a ser exercida pelo cidadão, focando todo seu debate não no sujeito, mas sim no objeto. Dessa forma, o rol de legitimados ativos à propositura das ações coletivas ambientais não pode ser taxativo e deve contemplar amplamente todo aquele que demonstrar interesse jurídico na pretensão deduzida em juízo, ou seja, todo interessado difuso ou coletivo afetado pelos efeitos jurídicos do provimento final tem legitimidade democrática de participar do debate dos pontos controversos e da produção de provas no âmbito processual.

É nesse contexto da reflexão cientifica que o presente debate pretende esclarecer acerca da necessidade de implementação da disciplina de Teoria Geral do Processo Coletivo como forma de superação do entendimento individualista e autocrático no estudo do processo coletivo, como quer a Escola Instrumentalista. Manter a compreensão do processo coletivo a partir de concepções liberais e individualistas é legitimar o sistema representativo e, assim, afastar os interessados difusos e coletivos da construção discursiva do provimento final das ações coletivas ambientais.

Nesse ínterim é oportuna a necessidade de sistematização de toda a legislação pertinente ao Direito e ao Processo Coletivo Democrático, para que se obtenha a autonomia cientifica necessária ao reconhecimento de tal disciplina. A existência de legislações esparsas centradas ainda no sistema representativo certamente compromete a identidade do tema em questão.

A regulamentação da procedimentalização do processo coletivo democrático é considerada matéria urgente, tendo em vista a finalidade de esclarecer como se efetiva a possibilidade de participação e de exercício do contraditório e da ampla defesa por todos aqueles juridicamente interessados. É de suma importância, ainda, a delimitação do momento processual da estabilização da pretensão deduzida e até qual fase do procedimento será possível a intervenção de terceiros para construir discursivamente o mérito coletivo. Outra questão que merece destaque diz respeito aos reflexos da estabilização da demanda na constituição da coisa julgadas e de seus efeitos legais.

A democraticidade na formação do mérito processual nas ações coletivas decorre da legítima oportunidade de participação de todos os sujeitos interessados na formação

discursiva do provimento final. Considerando-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um Direito Humano de cunho difuso, sabe-se que a garantia da legitimidade democrática do provimento jurisdicional passa diretamente pela oportunidade efetiva conferida aos interessados difusos e coletivos de definirem os pontos controversos da demanda, debaterem e produzirem provas no sentido de esclarecê-los. Ao magistrado incumbe o dever de manifestar-se de forma jurídico-constitucionalmente fundamentada sobre todos os pontos controversos debatidos e todas as provas produzidas pelas partes interessadas.

Limitar ou restringir a participação dos interessados difusos na construção do provimento final de uma ação coletiva ambiental é legitimar um modelo autocrático de processo ainda pautado na autoridade pressuposta do magistrado mediante decisões solitárias e solipsistas. O modelo constitucional de processo coletivo no Estado Democrático materializa a oportunidade de os destinatários do provimento final serem seus co-autores.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O Novo Processo Constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Brasília, *Diário Oficial da União*, 02 set. 1981. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm> Acesso em: 13. Out. 2018.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional.* Belo Horizonte:Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.GONÇALVES, Aroldo Plinio. *Técnica Processual e Teoria do Processo.* Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *DIREITO E DEMOCRACIA entre faticidade e validade.* 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica.* São Paulo: Landy, 2002.

_____. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.* 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

_____. *Teoria Geral do Processo. 4*. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas – As ações coletivas como ações temáticas.* São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
NUNES, Dierle José Coelho. *O principio do contraditório.* Boletim Técnico da ESA/MG, v. 1, jan/jul 2004..
POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2.
RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito ambiental esquematizado*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Atores não estatais e o problema da censura na internet

Lucila Vilhena[1]

Sumário: 1. Introdução**. 2.** O *mainstream* da mídia e a censura. **3.** A concepção liberal sobre a liberdade de expressão do pensamento. **4.** A regulação privada da liberdade de expressão na internet. **5.** O direito à informação e a busca da verdade**. 6.** A suposta manipulação das notícias pelas mídias sociais. **7.** Conclusão. **8.** Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Foi publicada na revista *The Economist* em 7 de agosto de 2018, uma reportagem[2] que questiona o papel de atores como *Facebook* e *Youtube* na escolha sobre a manutenção ou não de certos conteúdos publicados em suas plataformas. A matéria tratou especificamente do caso do senhor Alex Jones; um autor conhecido por publicar suas teorias conspiratórias como a de que o governo dos Estados Unidos estava envolvido nos ataques terroristas de 11 de setembro, que a vacinação de crianças causa autismo, ou a de que os Estados Unidos estão à beira de outra guerra civil. No passado mês de agosto, a *Apple* retirou seus *podcast* do ar, e as maiores plataformas de mídia do mundo (*YouTube, Spotify* e *Facebook*) removeram todas as suas páginas e *links*, fazendo-o perder o acesso direto a milhões de ouvintes e espectadores, o que rapidamente gerou ainda mais conspiração, e foi visto por muitos como atitudes orquestradas pelo *mainstream media* para se intrometer nas eleições de novembro de 2018 naquele país, e não, como foi justificado pelas plataformas digitais, como um esforço de boa fé para impor regras aos sites sobre a prevenção do discurso do ódio.

Da observância deste e de outros exemplos, o que percebemos é que essas grandes plataformas estão enfrentando cada vez mais pressão para eliminar conteúdo falso e/ou ofensivo, incluindo tentativas coordenadas de governos estrangeiros de manipular a opinião

---

[1] Doutoranda e bolsista em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Universidade de Lisboa e Professora de Relações Internacionais da Universidade Estadual da Paraíba.

[2] S. M. Are Facebook and YouTube quasi-governmental actors? The Economist, Londres, 7 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/democracy-in-america/2018/08/07/are-facebook-and-youtube-quasi-governmental-actors?cid1=cust/ddnew/email/n/n/2018088n/owned/n/n/ddnew/n/n/n/nLA/Daily_Dispatch/email&etear=dailydispatch&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Daily_Dispatch&utm_term=2018088 . Acesso em 18 de setembro de 2018.

pública nos períodos que antecedem eleições - como parece ser o caso dos Estados Unidos, que neste momento encontra-se a investigar a Rússia por, supostamente, ter influenciado as últimas eleições presidenciais naquele país através, principalmente, do uso de contas e usuários falsos nas redes sociais com o fim de propagar as chamadas *fake news*.

Contudo, como bem demonstra John Stuart Mill, há um sentimento na mente de cada pessoa de que todos deviam ser obrigados a agir como ela e como aqueles com quem ela simpatiza, pois as opiniões das pessoas sobre o que é louvável ou culpável são afetadas por todas as diversas causas que influenciam os seus desejos em relação à conduta dos outros, causas que são tão numerosas como as que determinam os seus desejos sobre qualquer outro assunto: por vezes sua razão – noutras alturas os seus preconceitos ou superstições; frequentemente os seus sentimentos antissociais – a sua inveja ou ciúmes, a sua arrogância ou desprezo; mas, mais comumente, os seus desejos ou medos em relação a si mesmos – o seu interesse próprio, legítimo ou ilegítimo[3].

Neste sentido, o grande problema que se coloca aqui é o de saber se as grandes plataformas digitais de hoje constituem atores quase governamentais que devem ser mantidos em padrões constitucionais ao regulamentar seus vastos mercados de ideias, pois a esfera apropriada da liberdade de alguém é aquela que afeta apenas a si mesma, diretamente e em primeiro lugar, não havendo então que se falar em proibição de certos discursos sob o argumento de uma suposta proteção dos próprios indivíduos.

2. O *MAINSTREAM* DA MÍDIA E A CENSURA

Como já é amplamente conhecido, inclusive por diversas entrevistas concedidas pelos CEOs das grandes empresas de comunicação[4], todas as terças-feiras no *Facebook* e todas as sextas-feiras no *YouTube*, os executivos se reúnem para debater os problemas mais recentes em matéria de discursos de ódio, desinformação e outros conteúdos perturbadores em suas plataformas e decidem o que deve ser removido daí. Em San Bruno, Susan Wojcicki, chefe do *YouTube*, supervisiona pessoalmente o exercício. Em Menlo Park, os executivos executam o "Fórum de Padrões de Conteúdo" do *Facebook*, que é onde grupos de trabalho recomendam diretrizes sobre o que fazer, por exemplo, com uma foto que pode incitar a violência *offline*,

[3] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Edições 7º : Lisboa, 2015, p. 35.

[4] PARK, Melo. How social-media platforms dispense justice. *The Economist,* 6 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/business/2018/09/08/how-social-media-platforms-dispense-justice?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/09/6n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/149526/n . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

ou um vídeo com conteúdo sexual, ou uma foto de uma personalidade ou pessoa pública que seja capaz de denegrir a sua imagem, etc. O fato é que, as decisões tomadas nessas reuniões acabam sendo filtradas em instruções para milhares de revisores de conteúdo em todo o mundo, e consequentemente, influenciam diretamente a opinião de milhares de pessoas.

Dito isto, o que podemos observar é que as empresas moderam cada vez mais o conteúdo publicado em suas plataformas, e essa não é mais vista como uma atividade periférica, mas como essencial para seus negócios. Cada uma elabora diferentes políticas, mas com um conteúdo em comum: tornar suas plataformas menos "tóxicas" filtrando o conteúdo publicado, protegendo a liberdade de expressão (o que por si só, parece-nos um paradoxo). Tudo isso tem chamado bastante a atenção da imprensa, que já passa a chamar as grandes plataformas digitais de "Ministérios da verdade", já que nunca antes um número tão pequeno de empresas conseguiu controlar o que bilhões de pessoas ao redor do globo podem dizer, ouvir e ver.

Além do conteúdo postado nas redes sociais, o tratamento dos dados dos usuários pelas plataformas também é motivo de preocupação, e os políticos (pelo menos nos Estados Unidos) já se aperceberam disso. Em 5 de setembro, Sheryl Sandberg, o número dois do *Facebook*, e Jack Dorsey, o chefe do *Twitter*, testemunharam perante o Comitê de Inteligência do Senado norte americano sobre o que pode ser a mais notória falha das empresas, permitindo que suas plataformas sejam manipuladas por servidores russos, que ao que tudo indica, podem ter influenciado a eleição presidencial de 2016. Outro caso não menos importante que também merece a nossa atenção, foi a ida do principal nome do *Facebook,* e de suas empresas adjacentes, Mark Zuckerberg, ao Senado norte americano para prestar esclarecimentos sobre o episódio da venda de dados pessoais dos usuários daquela rede social à empresa *Cambridge Analytica*. Tal fato gerou o interesse da imprensa e dos usuários de todo o mundo e foi tratado como um verdadeiro escândalo internacional[5].

Para além desses problemas mencionados acima, essas principais empresas de comunicação da internet são também constantemente alvo de críticas precisamente pela retirada de conteúdo publicado *online*, bem como, pela forma como elas próprias tomam a decisão (pouco ou nada transparente) sobre quais conteúdos serão retirados. Um de seus

[5] MARS, Amanda. Zuckerberg se explica ao Legislativo dos EUA: "Isso é uma corrida armamentista" com a Rússia. El País, Madrid, 11 de abril de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/10/internacional/1523380980_341139.html . Acesso em 18 de setembro de 2018.

maiores críticos atualmente é o presidente Donald Trump, que ameaçou (via *Twitter*) regulá-las, e disse que discutiria com os procuradores-gerais dos estados sobre a crescente preocupação de que as plataformas estão prejudicando a competição na comunicação e sufocando a livre troca de ideias, já que visam suprimir certas notícias usando uma técnica anticoncorrencial. Seria uma espécie de *dumping* comunicativo?

3. A CONCEPÇÃO LIBERAL SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO

Juan Antonio Carrillo Donaire[6] explica que há dois grandes paradigmas no contexto ocidental que norteiam o tratamento jurídico da liberdade de expressão: o norte-americano, tradicionalmente liberal, mais tolerante e reticente em restringir esta liberdade por razões derivadas ao conteúdo do discurso (a exceção se daria apenas quando este represente uma incitação direta à comissão de um crime); e o outro paradigma: o europeu, que traz algumas nuances diferenciadoras em relação a realidade americana. No contexto europeu, para ser livre, o discurso precisa passar pelo teste da contribuição para a formação de uma opinião pública, ou seja, é um ponto de vista mais restritivo, que se justifica pela experiência histórica europeia do século XX, onde os discursos odiosos serviram de motor para conflitos violentos ligados ao autoritarismo, ao racismo, aos nacionalismos, aos debates étnicos e religiosos e ao terrorismo, tudo isso traduzido no holocausto judeu, demonstrando o que houve de pior na história da humanidade. Conforme este duplo paradigma, os Estados Unidos estão hoje praticamente isolados no cenário de maior liberdade individual no que toca à possibilidade de divulgação de qualquer tipo de ideias. A tradição norte-americana é a de que os pensamentos e expressões não são nocivos em sua essência, e seu valor depende da sua própria credibilidade e de seu grau de certeza, que sempre é possível contrastar no livre mercado de ideias. Isso se dá devido a primeira emenda à sua Constituição, onde estabeleceu-se uma norma de competência negativa, proibindo o Congresso de produzir leis restritivas à liberdade de expressão ou de imprensa.

Explicado esse ponto introdutório sobre a liberdade de expressão, e passando para a abordagem do tema objeto de estudo, percebemos que é comum que as preferências e aversões da sociedade constituam seu comportamento e suas opiniões, então, ao invés das

[6] DONAIRE, Juan Antonio Carrillo. La protección de los derechos frente a los discursos del ódio: del Derecho repressivo a las políticas públicas antidiscriminatorias. *In:* ALONSO, Lucía; VÁZQUEZ, Víctor J. (org.) *Sobre la Libertad de Expressión y el Discurso del Odio*. Sevilha : Athenaica, 2017, pág. 21.

grandes empresas da Internet ocuparem-se em pensar sobre que tipo de temas a sociedade devia gostar ou não, seria mais benéfico questionar-se se as suas preferências ou aversões deviam constituir uma lei para os indivíduos, ou ainda, se seus motivos para moldar a opinião dos demais, são realmente motivos altruístas, ou se ao fim e ao cabo, representam apenas interesses pessoais que lhes são vantajosos.

4. A REGULAÇÃO PRIVADA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET

Sobre o já mencionado caso Alex Jones, o *Facebook* alega que removeu suas páginas após uma onda de relatos de outros usuários de que elas estavam glorificando a violência e usando linguagem desumana para descrever pessoas que são transexuais, muçulmanas e imigrantes. Já no *YouTube,* a censura foi ainda mais enfática: segundo um porta-voz consultado pela imprensa na altura do caso Jones, a posição oficial desta plataforma é a de encerrar as contas dos usuários que violem as chamadas políticas contra o discurso de ódio e assédio ou que tentem escapar do cumprimento das regras do site[7]; o que, obviamente, é levado a cabo sob critérios próprios do *site*, critérios estes que não tem a observância a parâmetros mínimos de justiça como seu lema primordial.

Como podemos observar, as imprensas norte americana e europeia costumam atribuir às empresas de comunicação na internet, uma política de censura, sobretudo à *Apple* que é capaz de banir os aplicativos que não comunguem de suas regras e prioridades. Conforme escreveu Brian Feldman na revista New York[8], embora o *Facebook*, o *YouTube* e o *Spotify* possam citar o discurso de ódio ou outras infrações em suas políticas, a razão não declarada para a censura cometidas por essas plataformas é que, ao não seguir o exemplo da *Apple*, eles poderiam ter seus próprios aplicativos banidos desta grande plataforma, pois as leis federais dos Estados Unidos geralmente isentam os sites da responsabilidade pelo conteúdo publicado exclusivamente pelos seus usuários, diferente do que faz a *Apple*, que vem tratando a responsabilidade de maneira solidária entre aplicativo e usuário.

[7] PARK, Melo. How social-media platforms dispense justice. *The Economist,* 6 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/business/2018/09/08/how-social-media-platforms-dispense-justice?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/09/6n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/149526/n . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

[8] FELDMAN, Brian. The Only Pressure Facebook Understands Comes From Its Megaplatform rivals. *New York Magazine*, Nova Iorque, 6 de Agosto de 2018. Disponível em: http://nymag.com/selectall/2018/08/the-only-pressure-facebook-understands-is-from-its-rivals.html . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

As questões que se colocam aqui são, portanto: há que se falar em censura quando o agente que a provoca não é o Estado? Estaríamos então diante de censura privada? Stuart Mill diz que este tipo de censura é tão mau quanto aquele. Ele explica que a sociedade pode executar as suas próprias ordens, e se emite ordens incorretas ou sobre a assuntos em que não devia interferir, exerce uma tirania social mais alarmante do que muitos tipos de opressão política, dado que deixa menos meios de escapar, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma. Por isso, a proteção contra a tirania da magistratura não chega: também é necessária proteção contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes; contra a tendência da sociedade para impor, por outros meios que não as punições civis, as suas próprias ideias e práticas como regras de conduta àqueles que não a seguem, e para restringir o desenvolvimento – e, se possível, impedir a formação – de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com os seus costumes, e para forçar todas as personalidades a modelarem-se à imagem da sociedade. Há um limite à interferência legítima da opinião coletiva na independência individual; e encontrar esse limite, e protege-lo contra transgressões, é tão indispensável para o bom estado das relações humanas, como a proteção contra o despotismo político[9].

Em tese, como as empresas privadas não são entes estatais, as principais plataformas da Internet, ao oferecerem esses serviços de comunicação, podem escrever os termos e condições que desejarem e policiar as postagens publicadas ali como preferirem. Se eles não quiserem hospedar conteúdo que considerem abusivo ou manipulador, teoricamente eles não precisam. Contudo, eles deveriam. É que hoje, são precisamente essas empresas as responsáveis pela rápida disseminação de notícias, muita delas em tempo real, e por isso, a influência causada por essas plataformas aos seus leitores e usuários é evidente, e precisamente por não serem um órgão do Estado, é que não cabe a elas a última palavra sobre aquilo que poderá, ou não, ser lido, visto, assistido e escutado pela sociedade.

Outro ponto que mostra a falta de coerência na censura provocada pelas grandes empresas da Internet, é a própria legislação norte-americana, território onde estão sediados os principais prestadores de serviço de comunicação *on-line*. Nos Estados Unidos, as empresas estão imunes da responsabilidade legal pelo conteúdo postado exclusivamente por usuários de seus serviços, de acordo com a chamada Seção 230 da Lei de Decência nas Comunicações, de 1996 (*Communications Decency Act* – CDA)[10], já que esta norma lhes trata

[9] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Edições 7º : Lisboa, 2015, pp 22 e 23.

[10] A Communications Decency Act de 1996 (CDA) foi a primeira tentativa notável do Congresso dos Estados Unidos de regulamentar o material pornográfico na Internet. A seção 230 desta Lei foi interpretada para dizer

como intermediários apenas, e não como editores do conteúdo, o que acaba por protegê-los do perigo legal de serem responsabilizados por danos causados por terceiros que não estão sob sua responsabilidade. Assim, a preocupação com o monitoramento do conteúdo postado na Internet em nada tem a ver com o risco de eventual indenização, o que aponta ainda mais para o perigo do poder e do controle das notícias postadas no vasto território da Internet e a sua influência direta sobre a opinião das pessoas.

Com efeito, quando essa indústria se limitava a pequenos *startups* jovens e vulneráveis, a exemplo do *Facebook*, que nasceu dentro de uma comunidade universitária com apenas alguns alunos usuários, onde todos se conheciam e onde se objetivava a manutenção das relações saudáveis dentro dessa pequena realidade; essa abordagem de monitorar o conteúdo postado ali era, talvez, razoável. Contudo, hoje esta mesma plataforma conta com mais de dois bilhões de usuários (quase o mesmo número de pessoas registradas no *YouTube*), o que demonstra que esses *sites* se tornaram espaços centrais para a interação social e para todos os tipos de expressão de ideias, desde debates lúcidos e ponderados, até teorias da conspiração e discurso de ódio.

Tudo isso nos leva a dois pontos de conclusão: primeiramente, se a desinformação, o discurso de ódio e o conteúdo ofensivo são tão difundidos, estes são efeitos do próprio modelo de negócios adotado nos últimos anos por essas empresas, que têm cada vez mais aberto espaço para publicidade e propaganda de qualquer material. Para vender mais e promover mais anúncios, os algoritmos do *Facebook*, por exemplo, favorecem o conteúdo envolvente, que muitas vezes pode ser ofensivo para alguns, e nesse momento, não estão preocupados exatamente em proteger os usuários de ofensas ou de notícias falsas, pois o seu objetivo aqui, é fazer negócios. E em segundo lugar, entendemos também que ofensas, discurso de ódio e *fake news* sejam efeitos naturais da chamada sociedade pós-moderna, pois diante do grande aumento de usuários dessas plataformas de comunicação *on line*, diante de meios mais interativos de troca de conteúdo nelas, e ainda, diante do fato de que as pessoas estão protegidas atrás de um computador onde elas nem sequer precisam dizer quem são, é natural que as pessoas se sintam mais à vontade em propagar notícias sem o cuidado de checar sua veracidade ou de evitar ofensas. Portanto, é por serem efeitos naturais da atualidade que tais discursos não deveriam ser censurados, e sim, orientados através da

que os operadores de serviços de Internet não devem ser tidos como editores, e portanto, não são legalmente responsáveis pelas palavras de terceiros que usam seus serviços. MELO, João Ozorio de. EUA aprovam primeira lei de permite processar sites de prostituição. *Consultor Jurídico,* 24 de março de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/eua-aprovam-primeira-lei-permite-processar-sites-prostituicao . Acesso em: 12 de outubro de 2018.

promoção da educação e da tolerância nas interações sociais nessa nova ferramenta de comunicação, onde as grandes empresas da Internet deveriam ser precisamente, seus grandes promotores.

5. O DIREITO À INFORMAÇÃO E A BUSCA DA VERDADE

Com o advento da Internet, a forma como as pessoas têm buscado informações mudou consideravelmente. As formas tradicionais, como jornais e revistas de grande circulação, têm aderido cada vez mais a essa nova ferramenta, e têm disponibilizado vasto conteúdo *on line*, e dada a velocidade com que a notícias acontecem no mundo atual, nada mais justo do que a propagação delas também se dar de maneira rápida, sob pena de, ao serem divulgadas, não serem mais *News*. Essas grandes plataformas de comunicação não são apenas portadores de mídia social, mas um meio de relação social totalmente novo.

Neste sentido, o *Twitter* tem adquirido grande importância como um meio de buscar informações na internet, principalmente porque essas informações são adquiridas "direto da fonte", onde o usuário tem a opção de se comunicar diretamente com a pessoa objeto de seu interesse. O Presidente norte-americano, Donald Trump, é grande entusiasta dessa plataforma, como sabemos, e constantemente tem bloqueado cidadãos que lhe fazem críticas mais duras em resposta aos seus *posts*. Esta atitude do Presidente levou alguns usuários a recorrer à justiça com o fim de terem suas contas desbloqueadas e assim, poderem voltar a ter acesso às informações postadas diretamente por Trump, sob a alegação de que ao impedir a visualização das mensagens, o Presidente viola o direito à liberdade de expressão daqueles usuários, o que foi atendido pela justiça, que entendeu que os comentários sobre a conta pessoal do Presidente e de outros funcionários do governo são na verdade, fóruns públicos, e que bloquear usuários do *Twitter* por seus pontos de vista, de fato viola o direito à liberdade de expressão de acordo com a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, e assim, ordenou que Trump desbloqueasse suas contas para que todos os usuários que assim queiram, possam ter acesso à suas mensagens. O Departamento de Justiça norte-americano afirmou que a decisão foi fundamentalmente mal concebida, argumentando que a conta no *Twitter* pertence a Donald Trump em sua capacidade pessoal e está sujeita ao seu controle apenas, e não ao controle do governo. A decisão levantou novas questões legais e fez a *Internet*

Association, grupo que representa as principais redes de comunicação da Internet, pedir que a justiça limite sua decisão aos fatos deste caso apenas, para que sua decisão não atinja mais do que o necessário ou involuntariamente "perturbe a Internet", pois o *Twitter,* quando bloqueia ou retira o acesso aos ou usuários, não o faz com os poderes de um ator estatal e, portanto, não estaria sujeito às restrições da Primeira Emenda[11].

Neste sentido, é diante dessa realidade de um ambiente democrático e de livre expressão de pensamentos e informação, que a discussão sobre o papel regulador da mídia se coloca, já que são vários os casos onde nos últimos anos têm se relatado abusos e manipulações de notícias por parte dessas grandes empresas que são frequentemente acusadas de "árbitros da verdade", "vendedores de desinformação", "intrometidos eleitorais" e "propagandistas", e em resposta, ao invés de promover o livre mercado de ideias na Internet, as empresas têm optado por mais vigilância e monitoração dos conteúdos postados, a exemplo do *Facebook* e do *YouTube*, que segundo dados levantados pela revista *The Economist*, aumentaram drasticamente os recursos humanos e tecnológicos dedicados ao policiamento de suas plataformas. Até o final do ano de 2018, projeta-se que o *Facebook* terá dobrado o número de funcionários e prestadores de serviços dedicados à "proteção e segurança" do site, que contará com 20 mil pessoas, sendo que destas, 10 mil serão "revisores de conteúdo". Já no *YouTube,* a estimativa é que 10 mil pessoas estejam trabalhando na moderação de conteúdo de forma ou indireta. Segundo a revista, esses *sites* retiram milhões de postagens todos os meses de cada plataforma, guiados por manuais de instruções espessos, que demonstram pouca clareza e segurança (as diretrizes para avaliadores de "qualidade de pesquisa" no *Google*, por exemplo, chegam a 164 páginas[12].

Com efeito, tanto investimento numa suposta segurança das informações, além de se demonstrar inútil, já que notícias falsas sempre encontrarão uma maneira de serem divulgadas, eleva muito os custos das empresas que precisam investir cada vez mais em mão de obra e em tecnologia. Mark Zuckerberg, executivo-chefe do *Facebook*, já afirmou que, a longo prazo, o problema da moderação de conteúdo terá que ser resolvido com inteligência artificial, sob pena de, em breve, ter de manter mais moderadores de conteúdo do que

[11] SHEPARDSON, David. Trump unblocks more Twitter users after U.S. court ruling. *Reuters,* 29 de Agosto de 2018. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-twitter/trump-unblocks-more-twitter-users-after-u-s-court-ruling-idUSKCN1LE08Q . Acesso em: 26 de setembro de 2018.

[12] PARK, Melo. How social-media platforms dispense justice. *The Economist,* 6 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/business/2018/09/08/how-social-media-platforms-dispense-justice?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/09/6n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/149526/n . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

engenheiros em sua folha de pagamento[13]. O sistema de moderação do *YouTube* é semelhante: conta também com diretrizes publicadas para aquilo que é considerado – por eles, obviamente - como aceitável, e ainda traz instruções detalhadas para seus funcionários revisores de conteúdo, que decidem rapidamente o que fazer com aquilo que foi sinalizado como falso ou ofensivo, e a maioria deles é feita por meio de detecção automatizada. O *Twitter* também usa inteligência artificial para detectar contas falsas e algum conteúdo inadequado, mas depende mais de relatórios de usuários que apontam, por exemplo, terem sofrido algum tipo de assédio ou intimidação.

Tudo isso demonstra que o investimento feito por essas empresas tem sido empregado de maneira equivocada. Gasta-se muito dinheiro e energia em novas tecnologias e em material humano para evitar a postagem de conteúdos ofensivos ou falso, e muito pouco, ou quase nada naquilo que resolve o problema da desinformação e da intolerância de forma sustentável: a educação. O trabalho de monitorar notícias se assemelha ao trabalho de enxugar gelo, pois é inútil e não impede que o problema se repita em outro local e que atinja outras vítimas. Precisamos, portanto, criar gerações tolerantes, que sejam capazes de analisar criticamente uma opinião, de buscar outras fontes de informação, e de identificar se aquilo se trata de um conteúdo mentiroso ou ofensivo.

Ademais, proibir a divulgação de uma ideia não passa de uma pretensão humana de infalibilidade, é dizer, uma opinião só pode ser extirpada do conhecimento da sociedade, se tivermos completa certeza de que ela é falsa e tão desimportante que seja inútil para a construção de um pensamento, o que sabemos, é impossível afirmar. Sendo assim, a autoridade que pretenda em um caso concreto, suprimir uma ideia, nunca o faz, e nem seria possível fazer, em nome de toda a humanidade. Esse argumento encontra respaldo em Stuart Mill, pois, para este autor, proibir o discurso representaria uma pretensão de infalibilidade humana e demonstraria um sistema jurídico de "juízes da certeza", ou de juízes que só ouvem uma versão da verdade: aquela que é permitida[14].

6. A SUPOSTA MANIPULAÇÃO DAS NOTÍCIAS PELAS MÍDIAS SOCIAIS

[13] PARK, Melo. How social-media platforms dispense justice. *The Economist,* 6 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/business/2018/09/08/how-social-media-platforms-dispense-justice?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/09/6n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/149526/n . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

[14] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Lisboa : Edições 70, 2015, pág. 59.

A moderna e fascinante interface do usuário do *Facebook* obscurece uma série de algoritmos em constante mudança que determinam quais informações ele tem acesso e a ordem em que elas são dispostas. Os algoritmos são incertos até mesmo para esta empresa, pois eles dependem de uma forma de computação chamada aprendizado de máquina, na qual os algoritmos treinam-se para atingir as metas estabelecidas por seus programadores humanos. No caso do *Facebook*, as máquinas geralmente são programadas para maximizar o engajamento do usuário, ou seja, para o convencer a clicar mais uma vez, a ficar *on line* um pouco mais e a voltar mais vezes. Esse tipo de aprendizado de máquina pode produzir efeitos - não necessariamente intencionais - com consequências preocupantes para o discurso público. Nos últimos anos, conforme apontou Alex Abdo[15], muito se especulou sobre o uso dos algoritmos em redes sociais como o *Facebook* e se eles são capazes de aprofundar as divisões políticas e facilitar a disseminação de desinformação e propaganda. Por exemplo, ao divulgar uma matéria patrocinada por um candidato, para um usuário que seja eleitor do seu adversário, qual o grau de ofensa que isso pode causar? É dizer, ao tentar maximizar o engajamento do usuário, os algoritmos do *Facebook* maximizam a indignação do usuário? O próprio modelo de negócios adotado pelas grandes empresas de comunicação, portanto, é também susceptível de provocar o ódio e a divisão da sociedade.

Um exemplo de uma suposta manipulação de notícias pode ser o caso do tiroteio na escola em Parkland, na Flórida, Estados Unidos, onde uma semana depois do tiroteio, muitos dos vídeos publicados na lista "Tendências" do *YouTube* continham informações erradas sobre os adolescentes sobreviventes do tiroteio. O vídeo da lista por algum tempo alegou falsamente, por exemplo, que um sobrevivente, estudante da escola, era um ator pago para atuar no momento. Em razão desse episódio, muitos vídeos que tratam do assunto foram excluídos da plataforma, o que a levou a receber intensas críticas sobre suas políticas e os critérios usados para escolher os vídeos que permanecerão na sua plataforma, e os que serão considerados "contrários às suas políticas", e por isso, retirados do ar. Muitos desses críticos alegam que tais critérios são eminentemente ideológicos, ao que o *YouTube* nega. O fato é que estes critérios, realmente, não são nem objetivos e nem claros, e a própria empresa assume que com o grande volume de vídeos postados na plataforma, às vezes cometem erros

[15] ABDO, Alex. Facebook is shaping public discourse. We need to understand how. *The Guardian*, 15 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/sep/15/facebook-twitter-social-media-public-discourse . Acesso em: 26 de setembro de 2018.

e, quando isso é trazido à atenção das pessoas competentes, eles costumam restabelecer os vídeos ou canais que foram removidos incorretamente[16].

Os esforços de moderação principalmente do *YouTube*, do *Facebook* e do *Twitter,* começaram a receber mais atenção no ano de 2017, à medida em que acadêmicos e jornalistas se concentraram em estudar como a desinformação - como aquela semeada pela Rússia durante a eleição presidencial de 2016 - se espalha. Jonathan Albright, diretor de pesquisas do *Tow Center for Digital Journalism* e especialista em como a desinformação prospera nas mídias sociais, em entrevista ao jornal *The New York Times*, disse que o *YouTube* tem sido inconsistente na aplicação de suas diretrizes nesse sentido[17]. O fato é que tais políticas passam sempre pelas denúncias de abusos oferecida pelos usuários, o que nos leva a crer que a adoção de um critério apenas quantitativo nessa política, representa na verdade uma imposição da opinião da maioria, ou seja, aquele que conseguir mais denúncias, conseguirá a retirada do vídeo, o que parece um critério perigoso.

Neste sentido, Stuart Mill explica que o povo que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, então, a vontade do povo significa, na prática, a vontade da parte mais numerosa ou mais ativa do povo: a maioria, ou pelo menos, aqueles que conseguem fazer-se aceitar como a maioria; consequentemente, o povo pode desejar oprimir uma outra parte do próprio povo; e são tão necessárias precauções contra isto como contra quaisquer outros abusos de poder cometidos pelos Estados. A tirania da maioria é, portanto, incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa de se precaver[18].

Em sua matéria sobre o tema, o advogado sênior do *Knight First Amendment Institute* da Universidade Columbia, Alex Abdo, teceu duras críticas aos termos de serviço do *Facebook*, pois estes proíbem que jornalistas e pesquisadores digitais usem duas de suas ferramentas básicas para investigar as maneiras pelas quais a plataforma está moldando nossa sociedade. As duas ferramentas de que o jornalista trata são as seguintes: a coleta automatizada de dados públicos e o uso de contas de pesquisa temporárias. A primeira permitiria que os pesquisadores coletassem amostras estatisticamente significativas do que os usuários do *Facebook* veem ou publicam na plataforma, permitindo que eles relatem padrões e tendências. Já a segunda faria com que fossem testadas as respostas algorítmicas

[16] BROMWICH, Jonah Engel. YouTube Cracks Down on Far-Right Videos as Conspiracy Theories Spread. *The New York Times,* 3 de março de 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/03/03/technology/youtube-right-wing-channels.html . Acesso em: 26 de setembro de 2018.
[17] Idem.
[18] MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Edições 7º : Lisboa, 2015, pp. 31 e 32.

dessa plataforma face a diferentes insumos, para explorar e entender melhor a correlação entre o que o *Facebook* sabe sobre seus usuários e aquilo o que realmente os mostra. O autor ainda critica o fato de que se os pesquisadores que investigam o *Facebook* violarem os termos e condições do *site*, eles correm o risco de serem responsabilizados civil e criminalmente em razão da Lei de Fraude e Abuso do Computador, promulgada em 1984 nos Estados Unidos com a intenção de proibir a pirataria, mas que foi interpretada pelo Departamento de Justiça desse país e pelo próprio *Facebook*, para proibir violações dos termos de serviço de um *site*. Para Abdo, a mera ameaça de responsabilidade tem um efeito inibidor significativo na disposição de alguns jornalistas e pesquisadores em estudar essa plataforma, devido ao medo de ações legais[19].

Neste sentido, a falta de transparência em relação ao tratamento dos dados dos usuários e das próprias plataformas, inflamam a discussão sobre a capacidade de manipulação da opinião pública por partes dessas grandes redes de comunicação sobretudo na internet. Hoje, o *Facebook* e o *Twitter* são duas das instituições privadas mais poderosas do mundo, e ainda que de maneira involuntária, moldam a opinião da sociedade e o discurso público de maneiras que nem os executivos dessas empresas conseguem explicar. É preciso, portanto, mais transparência e pesquisa, pois é apenas dessa forma que passaríamos a entender como as grandes plataformas da comunicação e a Internet estão afetando toda a sociedade.

7. CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, o *Facebook*, o *YouTube* e outras redes sociais constituem atores quase governamentais que devem ser mantidos em padrões constitucionais ao regulamentar seus vastos mercados de ideias? Numa interpretação literal da legislação atual, talvez não, contudo, é preciso muita cautela na elaboração de suas políticas, pois tratam-se de entidades de grande influência e abrangência, que caso sejam parciais ou mesmo partidárias em sua imposição de regras, podem comprometer o ideal de uma sociedade aberta, ideal este que é caro e muito almejado atualmente. Afinal, algumas dessas entidades privadas são tão ou até mais poderosas do que qualquer Estado.

[19] ABDO, Alex. Facebook is shaping public discourse. We need to understand how. *The Guardian*, 15 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/sep/15/facebook-twitter-social-media-public-discourse . Acesso em: 26 de setembro de 2018.

O que tudo isso significa para os contornos da liberdade de expressão na era da mídia social não é imediatamente claro, pelo contrário, é uma zona de penumbra entre a necessidade de criação de uma estrutura legal na qual essas empresas possam ser responsabilizadas por suas decisões editoriais, sem prejudicar a livre iniciativa e sua autonomia para filtrar informações perigosas e comprovadamente falsas e/ou enganosas. Porém, se pretender realmente resolver o desafio da moderação de conteúdo, as grandes plataformas de mídia social devem começar por impor mais observância em seus próprios modelos de negócios, modelos estes que as tornaram tão bem-sucedidas, pois ao que parece, essas empresas preocupam-se mais em monitorar o conteúdo supostamente ofensivo e falso quando denunciado por seus usuários, e geralmente são muito rápidos ao fazê-lo, porém, essa rapidez e esse cuidado não são observados da mesma maneira quando o suposto conteúdo abusivo decorre de seus clientes que adquirem o espaço para divulgar ou promover seus interesses.

Da mesma forma, a boa vontade por parte das empresas em regular e monitorar o conteúdo postado em suas plataformas, deveria passar primeiro pelo investimento em educação e a promoção de campanhas que promovam a tolerância. Quando aumentam drasticamente o investimento em pessoal e em tecnologia com a finalidade de identificar notícias falsas ou conteúdo ofensivo, para assim, censurá-los, essas grandes empresas parecem de certa forma, confirmar o que dizem as teorias conspiratórias de que seu objetivo final não é na verdade, promover um ambiente digital mais saudável e democrático, mas sim, demonstrar seu poder em controlar e manipular a opinião pública, pois é precisamente num livre mercado de ideias, onde todos terão igual acesso às informações e serão capazes de decidir por si só, em que devem acreditar e o que devem seguir, é que teremos a garantia de que estaremos diante de um ambiente social mais saudável e mais democrático.

8. BIBLIOGRAFIA

ABDO, Alex. Facebook is shaping public discourse. We need to understand how. *The Guardian*, 15 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/sep/15/facebook-twitter-social-media-public-discourse . Acesso em: 26 de setembro de 2018.

BROMWICH, Jonah Engel. YouTube Cracks Down on Far-Right Videos as Conspiracy Theories Spread. *The New York Times,* 3 de março de 2018. Disponível em: https://www.nytimes.com/2018/03/03/technology/youtube-right-wing-channels.html . Acesso em: 26 de setembro de 2018.

DONAIRE, Juan Antonio Carrillo. La protección de los derechos frente a los discursos del ódio: del Derecho repressivo a las políticas públicas antidiscriminatorias. *In:* ALONSO,

Lucía; VÁZQUEZ, Víctor J. (org.) *Sobre la Libertad de Expressión y el Discurso del Odio*. Sevilha : Athenaica, 2017.
FELDMAN, Brian. The Only Pressure Facebook Understands Comes From Its Megaplatform rivals. *New York Magazine*, Nova Iorque, 6 de Agosto de 2018. Disponível em: http://nymag.com/selectall/2018/08/the-only-pressure-facebook-understands-is-from-its-rivals.html . Acesso em: 18 de setembro de 2018.
MARS, Amanda. Zuckerberg se explica ao Legislativo dos EUA: "Isso é uma corrida armamentista" com a Rússia. El País, Madrid, 11 de abril de 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/10/internacional/1523380980_341139.html . Acesso em 18 de setembro de 2018.
MELO, João Ozorio de. EUA aprovam primeira lei de permite processar sites de prostituição. *Consultor Jurídico,* 24 de março de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mar-24/eua-aprovam-primeira-lei-permite-processar-sites-prostituicao . Acesso em: 12 de outubro de 2018.
MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade.* Edições 7º : Lisboa, 2015.
S. M. Are Facebook and YouTube quasi-governmental actors? The Economist, Londres, 7 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/democracy-in-america/2018/08/07/are-facebook-and-youtube-quasi-governmental-actors?cid1=cust/ddnew/email/n/n/2018088n/owned/n/n/ddnew/n/n/n/nLA/Daily_Dispatch/email&etear=dailydispatch&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Daily_Dispatch&utm_term=2018088 . Acesso em 18 de setembro de 2018.
SHEPARDSON, David. Trump unblocks more Twitter users after U.S. court ruling. *Reuters,* 29 de Agosto de 2018. Disponível em: https://www.reuters.com/article/us-usa-trump-twitter/trump-unblocks-more-twitter-users-after-u-s-court-ruling-idUSKCN1LE08Q . Acesso em: 26 de setembro de 2018.
PARK, Melo. How social-media platforms dispense justice. *The Economist,* 6 de setembro de 2018. Disponível em: https://www.economist.com/business/2018/09/08/how-social-media-platforms-dispense-justice?cid1=cust/ednew/n/bl/n/2018/09/6n/owned/n/n/nwl/n/n/LA/149526/n . Acesso em: 18 de setembro de 2018.

A tutela dos direitos dos animais na seara constitucional brasileira

Liliana Maria Gomes[1]

Sérgio Henriques Zandona de Freitas[2]

Sumário: 1. Introdução. **2.** A Constituição como referencial protetivo contra maus-tratos dos animais domésticos. **3.** A judicialização dos interesses dos animais. **4.** Conclusão. **5.** Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O abuso e os maus-tratos contra animais são práticas antigas, mas ainda comuns na sociedade atual. A visão humana a respeito dos animais, especialmente os domésticos, variou ao longo da história, estes foram considerados seres sagrados, instrumento de trabalho, alimento, meio de diversão, objetos sexuais, integrantes da família, entre outras variações, e o Direito vem acompanhando essas mudanças na relação entre humanos e animais não humanos.

O objetivo é tratar da efetividade protetiva constitucional e infraconstitucional, analisando a suficiência e a necessidade da adequação da atual legislação brasileira. Para tanto, faz-se necessário uma análise das normas internacionais e nacionais relativas ao Direito dos Animais, bem como da efetividade ou não normativa na tutela dos interesses dos animais domésticos. A abordagem dos Direitos Fundamentais dos animais e da judicialização das questões relativas aos interesses dos animais domésticos dão base para retratar a necessidade de adequação e ampliação normativa.

A escolha da temática justifica-se pela necessidade de produções científicas focadas em soluções para problemas sociais, dando base para o desenvolvimento de políticas públicas

[1] Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG; Graduada em Psicologia e Direito pela Universidade FUMEC.

[2] Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC; Professor do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da PUC Minas; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra; Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS; Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS; Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual - IMDP; Assessor Judiciário de 2ª Instância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG.

direcionadas ao bem-estar humano e animal, além de apontar caminhos para o Direito desempenhar sua função social. A discussão dos Direitos Fundamentais, dos homens e dos animais, é essencial para a construção de uma sociedade democrática de direitos.

A questão é atual e desafiadora, por demandar uma mudança de paradigma acerca do comportamento humano frente aos animais domésticos. A pesquisa seguirá os métodos teórico-bibliográfico e documental, numa abordagem dedutiva, proporcionando uma análise crítica acerca do assunto.

2. A CONSTITUIÇÃO COMO REFERENCIAL PROTETIVO CONTRA MAUS-TRATOS DOS ANIMAIS DOMÉSTICOS

A proteção ambiental e o posicionamento dos homens em relação aos animais sempre foram influenciados por contextos econômicos, filosóficos, culturais, religiosos o que acarreta em diferentes tratamentos dispensados aos animais não humanos.

A evolução da relação entre homens e animais teve como um dos seus principais capítulos o pensamento de Jeremy Bentham. Contrapondo a filosofia antropocentrista, Bentham adota um posicionamento de defesa dos animais, para ele, o ponto de discussão não deve ser quanto à capacidade dos animais de raciocinar ou falar, mas que são capazes de sentir, de sofrer, ou seja, são seres sencientes. Para Bentham (1979), assim como os franceses perceberam a imoralidade de escravizar seres humanos, em função da escuridão da pele, haverá um momento em que os homens aprenderão que não possuem o direito de explorar os animais ou tirar deles direitos em razão do número de pernas ou da terminação das vértebras sacrais. Bentham foi precursor dos grandes defensores dos Direitos dos Animais da atualidade, seu discípulo mais conhecido é Peter Singer.

Para Singer e Bentham, os direitos morais são a forma direta de se referir à proteção que pessoas e animais moralmente devem ter, o que deve ser justificado com base nas possibilidades de sofrimento e de bem-estar. Destarte, a senciência deve ser o critério utilizado para tutelar os direitos dos animais, começando pelo direito de não serem percebidos enquanto meras propriedades ou recursos substituíveis. Singer (2012) afirma que, quanto aos Direitos dos Animais, estes como sujeito de direitos, deve se agir com prudência, pois, sabendo que os animais não conseguem se defender, é necessário que o homem o faça.

Ao tratar dos direitos dos animais, Chalfun (2010) aponta que as leis e toda seara jurídica foram criadas pelo homem e o direito dos animais se desenvolveu sendo visto como uma ramificação do Direito Ambiental, porém, mais que uma simples ramificação ou

particularidade deste, trata-se verdadeiramente de um novo ramo do Direito, no qual se defende a ética da vida, não apenas uma ética global, planetária ou ambiental, mas uma ética da vida animal, na qual se pretende defender o valor intrínseco dos animais e estes sejam titulares de Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem um viés de direito social, conectado as relações entre o homem e a sociedade, a sua evolução e novas concepções, analisadas sob os aspectos filosóficos, sociológicos, jurídicos, e, desta forma, é possível vislumbrar uma extensão da titularidade destes direitos para outros entes ou seres diversos do homem. Conforme exposto por Bobbio (2004), há uma passagem de consideração para sujeitos diferentes do homem, há um debate moral quanto ao direito de sobrevivência, incluindo como titulares os animais que têm o direito ao respeito, de não ser explorado.

Analisando a tutela jurídica do Direito Ambiental, percebe-se uma evolução histórica dos direitos relacionados à fauna, é notório que houve uma mudança de paradigmas, reconhecendo os animais enquanto sujeitos de direito. Conforme o pensamento de Norberto Bobbio (2004), com o olhar para o futuro é possível pensar na extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, ameaçadas pelo desenvolvimento sem controle de armas cada vez mais destrutivas, bem como em novos sujeitos, como os animais, considerados meros objetos ou sujeitos passivos, sem direito, pela moralidade comum.

Apesar de já ser percebida uma evolução na história dos Direitos dos Animais, tendo surgido vários tratados e convenções internacionais que tutelam esses direitos, ainda é necessária a adesão de um número maior de países a esses institutos jurídicos, além de ações concretas daqueles já signatários, efetivando a proteção dos interesses dos animais, evitando os maus-tratos e abusos destes.

A partir da década de 70, inúmeros países deixaram a crença no progresso ilimitado da ciência, herança do positivismo do século anterior, para se preocuparem efetivamente com as maléficas consequências trazidas pelo progresso técnico-científico e industrial, no tocante ao meio ambiente. A percepção de que o antropocentrismo se revelou insuficiente para a defesa do planeta, fez com que surgissem novas correntes filosóficas indicando um processo de mudança de paradigma.

Em 1978, em Bruxelas, na Bélgica, foi proclamada pela UNESCO, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, considerando que todos os animais possuem direitos, foi subscrita por vários países, entre eles o Brasil. Os Direitos dos Animais foram colocados num patamar supranacional nos países signatários da Declaração Universal dos Direitos dos Animais. Seu texto é um balizador de diretrizes voltadas para a relação entre os homens e os

animais, determinando o direito igualitário à vida, além da integridade física e liberdade. Contudo, demonstra apenas as obrigações, não impondo penalidade alguma para aquele que as descumpre.

Mesmo o Brasil sendo signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de pronto é perceptível que algumas das suas determinações não estão sendo observadas, como o dever de não usar animais para o divertimento do homem (art. 10 "a" e "b"), pois é comum ver animais sendo expostos em espetáculos, alguns desses com o agravante de trazer sofrimento aos animais em questão, como no caso da vaquejada, que tantas vezes foi levada à discussão no Judiciário e obteve decisões distintas. Destarte, se a supranacionalidade dessa Declaração fosse realmente respeitada pelo Estado brasileiro, não haveria leis ou decisões judiciais contrárias a ela. A privação da liberdade, mesmo para fins educativos, também é proibida (art. 4° "a" e "b"), mesmo que o texto seja direcionado aos animais selvagens, conclui-se que esse ato configura maus tratos, ato que é defeso para os animais em geral. Nesse contexto, as aulas que utilizam animais vivos, sem trazer qualquer benefício a estes, também são práticas cruéis, portanto, proibidas.

Além dos tratados e convenções internacionais, nota-se uma evolução na tutela dos Direitos dos Animais também no Direito Internacional. A Constituição do Equador de 2008 e a Constituição da Bolívia de 2009 inauguram um novo paradigma de proteção ambiental, dando espaço para discussões acerca da extensão da personalidade jurídica para os animais, mostrando um rompimento com o antropocentrismo e numa forte marca ecocêntrica.

Brasil e Veloso (2017), ao analisarem algumas legislações ambientais, mostram que a proteção do bem-estar animal ainda é muito primária em grande parte dos países. Em que pese haver uma maior proteção atualmente, considerando os animais enquanto seres sensíveis e conscientes, persiste um predomínio de um mero *status* de "coisa". Entretanto, essa tutela, mesmo que restrita, pode indicar uma abertura para uma proteção jurídica mais contundente. Nesse viés otimista, os autores dão sequência:

> Assim, os animais são, também, uma realidade jurídica e, como tal, são passíveis de melhorias no seu nível de proteção e de direitos reconhecidos. A tendência para o futuro parece ser um crescimento da cultura de proteção animal nas sociedades, que, por sua vez, se refletirá cada vez mais em leis mais abrangentes que servirão para proteger com maior eficiência os animais, inclusive, idealmente, com o desenvolvimento de planejamentos específicos para a sua proteção em emergências. (BRASIL; VELOSO, 2017, p. 124).

Outra mostra de que a tendência é o incremento da tutela dos direitos dos animais é o Estatuto jurídico dos animais de Portugal, a Lei 8/2017 que entrou em vigor no dia 1º de maio de 2018, que acrescentou os artigos 201-B e seguintes no Código Civil português. Segundo o artigo 201-B, "os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza". Essa mudança legislativa é fruto de anos de discussão naquele país, que agora reconhece a natureza de seres vivos dotados de sensibilidade, de forma que, os animais são objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza.

A tutela dos direitos dos animais no Brasil veio em grande parte por adesão a tratados internacionais, que nortearam em grande parte a legislação pátria, como no caso da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da Agenda 21 e do Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global. Foi na onda de preocupação mundial com a questão ambiental que o legislador constituinte assentou o meio ambiente enquanto bem jurídico fundamental na Constituição de 1988 no seu artigo 225.

O legislador constitucional, consciente da grande diversidade que o Brasil possui em ecossistema, fauna e flora, dedicou um capítulo inteiro da Constituição (CR/88) à preservação do meio ambiente, dentro do qual estabeleceu no artigo 225, §1º, VII, a proteção animal, imputando ao Poder Público a função de curador da fauna e da flora, proibindo quaisquer atos que prejudiquem o ecossistema ou que submetam animais a crueldade, mostrando preocupação com o bem estar dos animais não humanos e oposição à visão puramente instrumental da vida animal. Tal previsão constitucional transformou a proteção aos animais em preceito constitucional, garantindo a eles direitos fundamentais.

Sarlet (2016) mostra que ainda que se evite o alvoroço acerca da circunstância de que animais não humanos, os sencientes, são titulares de direitos fundamentais na condição de direitos subjetivos, é possível atribuir uma peculiar dignidade aos animais, no sentido de uma dignidade da vida humana. Para o autor, tal dignidade foi reconhecida pelo constituinte de 1988, e anteriormente pelo legislador ordinário, o que é encontrado na vedação de crueldade contra os animais, podendo, a certo modo, ser equipara à proibição constitucional de tortura e de tratamento desumano e degradante (artigo 5º, III, CR/88) em relação aos animais humanos. Sarlet vai além e defende que tal proteção jurídico-constitucional e o reconhecimento de uma dignidade da vida dos animais não humanos independem da atribuição de titularidade própria aos animais, na condição de sujeitos de direitos subjetivos, de direitos fundamentais.

De acordo com Copola (2012), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225, § 1º, inciso VII, determina a proteção da fauna, sendo vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. No entanto, a autora ressalta que o dispositivo não definiu qual espécie de fauna é protegida. Assim, a interpretação mais acertada seria a de que todas as espécies pertencentes à fauna estão protegidas pelo dispositivo acima citado.

Contudo, em que pese haver proibição constitucional de práticas cruéis aos animais em qualquer situação, mostrando preocupação com o bem-estar dos animais não humanos e a oposição à visão puramente instrumental da vida animal, atualmente, as pesquisas feitas com animais, na sua maioria, não estão voltadas para qualquer benefício a estes, geralmente a intenção é obter informações que tragam benefício a outras espécies, principalmente a humana.

O uso de animais para fins de pesquisa científica e ensino superior é regulamentado pela Lei nº 11.794 de 2008, que regulamenta o inc. VII do § 1º do art. 225 da CR/88, e apesar de determinar as condições e requisitos para a realização de procedimentos de vivissecção, esta lei acaba por dar respaldo legal para os experimentos com animais. A preocupação com o bem-estar animal aparece no art. 14 da referida lei[3]; entretanto, este dispositivo não evita o sofrimento dos animais.

[3] Art. 14. O animal só poderá ser submetido às intervenções recomendadas nos protocolos dos experimentos que constituem a pesquisa ou programa de aprendizado quando, antes, durante e após o experimento, receber cuidados especiais, conforme estabelecido pelo CONCEA.
§ 1o O animal será submetido a eutanásia, sob estrita obediência às prescrições pertinentes a cada espécie, conforme as diretrizes do Ministério da Ciência e Tecnologia, sempre que, encerrado o experimento ou em qualquer de suas fases, for tecnicamente recomendado aquele procedimento ou quando ocorrer intenso sofrimento.
§ 2o Excepcionalmente, quando os animais utilizados em experiências ou demonstrações não forem submetidos a **eutanásia**, poderão sair do biotério após a intervenção, ouvida a respectiva CEUA quanto aos critérios vigentes de segurança, desde que destinados a pessoas idôneas ou entidades protetoras de animais devidamente legalizadas, que por eles queiram responsabilizar-se.
§ 3o Sempre que possível, as práticas de ensino deverão ser fotografadas, filmadas ou gravadas, de forma a permitir sua reprodução para ilustração de práticas futuras, evitando-se a repetição desnecessária de procedimentos didáticos com animais.
§ 4o O número de animais a serem utilizados para a execução de um projeto e o tempo de duração de cada experimento será o mínimo indispensável para produzir o resultado conclusivo, poupando-se, ao máximo, o animal de sofrimento.
§ 5o Experimentos que possam causar dor ou angústia desenvolver-se-ão sob sedação, analgesia ou anestesia adequadas.
§ 6o Experimentos cujo objetivo seja o estudo dos processos relacionados à dor e à angústia exigem autorização específica da CEUA, em obediência a normas estabelecidas pelo CONCEA.
§ 7o É vedado o uso de bloqueadores neuromusculares ou de relaxantes musculares em substituição a substâncias sedativas, analgésicas ou anestésicas.
§ 8o É vedada a reutilização do mesmo animal depois de alcançado o objetivo principal do projeto de pesquisa.
§ 9o Em programa de ensino, sempre que forem empregados procedimentos traumáticos, vários procedimentos poderão ser realizados num mesmo animal, desde que todos sejam executados durante a vigência de um único anestésico e que o animal seja sacrificado antes de recobrar a consciência.

Os princípios constitucionais orientam a elaboração, interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais. O princípio da igualdade tem como uma das suas finalidades limitar a atuação do poder público no que tange às atividades acima mencionadas. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro vai contra a Constituição de 1988 sancionando práticas cruéis com alguns animais, como os que são utilizados enquanto meros instrumentos didáticos, e proibindo a crueldade para com outros, muitas vezes da mesma espécie.

Portanto, o princípio da igualdade é violado ao proibir o cidadão comum de praticar atos de agressão contra animais, causando-lhe sofrimento, mas permite práticas que causam sofrimento se o objetivo for científico, ou seja, permite a crueldade institucionalizada. Pelo princípio da igualdade, é permitido que a Constituição e as leis infraconstitucionais deem tratamento diferenciado, mas no sentido de evitar a desigualdade, contudo não é o que ocorre no caso em questão.

No Brasil há também a proteção constitucional para os estudantes/pesquisadores que se opõem às práticas cruéis de pesquisa em animais, os chamados de objetores de consciência, há a possibilidade de apresentação de uma escusa, que é apresentada à instituição formalmente. O art. 5º da Constituição de 1988 dispõe no seu inciso VIII que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Há, na Constituição de 1988, artigos espalhados que têm vínculo estreito com o Direito Ambiental, o artigo 5 dispõe sobre o direito de qualquer cidadão para propor ação popular para anular atos lesivos ao meio ambiente.

O artigo 23, por sua vez, determina como competência da União, dos Estados e dos Municípios a proteção do meio ambiente e o combate às formas de poluição, além da preservação de florestas, fauna e flora.

O artigo 170 advoga acerca da ordem econômica, cujo objetivo e assegurar a existência digna, nos moldes da justiça social, com a ressalva de que sejam observados os princípios de "defesa do meio ambiente". A mesma condição é determinada no artigo 174, o qual trata especificamente de garimpos. Contudo, o viés antropocêntrico surge no artigo 216, que determina como patrimônios brasileiros os bens materiais e imateriais dos diferentes

§ 10. Para a realização de trabalhos de criação e experimentação de animais em sistemas fechados, serão consideradas as condições e normas de segurança recomendadas pelos organismos internacionais aos quais o Brasil se vincula. Grifo nosso (BRASIL, 2008).

grupos que formam a sociedade brasileira. Dentre estes bens, encontram- se os conjuntos de valor paleontológico e ecológico.

O artigo 225, embora posteriormente ressalve a importância de manutenção de processos ecológicos, de práticas sustentáveis e ações que não sejam cruéis contra animais e plantas, defende um meio ambiente cuja maior importância é utilitarista.

Ainda que haja uma certa contradição no texto Constitucional, que por vezes apresenta nuances antropocêntricas e outras ecocêntricas, como apresentado acima, a Constituição de 1988 apresenta o Brasil enquanto um Estado socioambiental de Direito, no qual a proteção ambiental também é um valor fundamental, onde todas as formas de vida têm valor e devem ser protegidas.

Dessa forma, pode-se afirmar que, o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que norteia todo ordenamento jurídico infraconstitucional, não é restrito aos seres humanos, devendo ser considerado em uma perspectiva socioambiental, abrangendo todas as formas de vida e permeando os direitos dos animais.

Desde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguiu-se a criação de diversos dispositivos legais versando acerca dos direitos dos animais e disciplinando as diversas formas de punições para os infratores, dentre estes, os principais são:

a) A Lei Federal n° 9.605/98, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais (LCA), dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estipulando penas para quem as descumpre.
b) A Lei nº 11.794/08 que regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais no ensino e em pesquisas.
c) A Portaria Ibama nº 117 de 1997 que normaliza a comercialização de animais vivos, abatidos, partes e produtos da fauna silvestre brasileira com finalidade econômica e industrial e jardins zoológicos registrados junto ao Ibama.
d) A Portaria Ibama nº 93 de 1998 que dispõe sobre a exportação e importação de espécimes vivos, produtos e subprodutos da fauna silvestre brasileira e fauna silvestre exótica, além de trazer um anexo com a lista de animais considerados domésticos para fins de operacionalização do Ibama.

Além dos dispositivos acima citados, a tutela dos direitos dos animais ainda conta com a Lei nº 5.197 de 1967, chamada de Código de fauna e de caça, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 e trata da proteção à fauna.

Conforme Levai, o artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais é uma das ferramentas mais importantes existentes no cenário legal brasileiro para a proteção dos animais não humanos de crueldades humanas (LEVAI, 2004, p. 37-40).

Entretanto, ainda que a Lei dos Crimes Ambientais seja vista enquanto uma grande conquista no que tange aos direitos dos animais, as penas aplicadas a tais crimes são irrisórias e ainda são todas passíveis de Suspensão Condicional do Processo. Destarte, pode-se afirmar que há pouca efetividade nas punições aplicadas em crimes contra os animais, especialmente os domésticos.

Portanto, em que pese a Lei dos Crimes Ambientais constituir um importante referencial protetivo no plano infraconstitucional, a legislação brasileira é falha na tutela dos Direitos dos Animais, tanto por não garantir efetividade punitiva frente aos crimes contra animais, quanto por não abranger importantes demandas que são levadas ao Judiciário, a exemplo dos casos de zoofilia e de guarda.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DOS INTERESSES DOS ANIMAIS

O número de questões ambientais levadas ao judiciário tem crescido muito nas últimas décadas e mais recentemente as questões específicas de Direito dos Animais, especialmente os domésticos. Grande parte dessas demandas não são amparadas por leis específicas, como é o caso da zoofilia que é analisada a partir da Lei dos Crimes Ambientais apenas como maus-tratos e os casos de guarda que tem gerado decisões a partir do ativismo judicial.

Tate e Vallinder (1995) apontam a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, como relevante para a expansão da judicialização, promovendo uma adequação das Constituições ao seu texto, possibilitando uma atuação implícita dos juízes como legisladores, agentes políticos que buscam a implementação e garantia de direitos.

Barroso (2009) aponta que uma das causas para a judicialização no Brasil se deve às inúmeras matérias que passaram a ser elencadas no texto da Constituição de 1988, como os direitos fundamentais e sociais. Além do sistema híbrido do controle de constitucionalidade brasileiro, assim como o amplo rol de legitimados para propositura de ações direta de inconstitucionalidade. Para o autor, o objetivo da Constituição seria o de proteger os valores

e direitos fundamentais, ainda que contra a vontade da maioria, tendo o Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete e guardião das regras constitucionais, atuando como fórum de princípios e razão pública e não de políticas.

Para Cordeiro (2012), o direito brasileiro passa por um momento em que o positivismo jurídico foi ultrapassado. A inquietação com a efetividade da Constituição entremeou-se ao contexto jurídico pátrio implicando num novo *status* das normas constitucionais, cuja base passa pela ponderação de valores e pela teoria da argumentação. Neste contexto, a aplicação de um Direito balizado por princípios e pela dialética, como os direitos fundamentais, demanda ir além da subsunção dos fatos à norma, se tornando imperioso um juízo de ponderação, o que passa por alguma subjetividade. A autora vai além e lembra que, as funções são divididas convencionalmente entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, inexistindo uma receita para o sistema de freios e contrapesos, nem mesmo em matéria de direitos fundamentais.

No âmbito dos Direitos dos Animais esse ativismo judicial tem sido inevitável, especialmente quando relacionado ao Direito de Família, uma vez que os animais domésticos de estimação têm sido considerados, por seus donos, como integrantes da família e quando da dissolução de casamentos, a busca por determinação da guarda desses animais tem sido buscada no judiciário, ainda que não haja legislação sobre o assunto. Contudo, geralmente, as decisões têm considerado os interesses dos donos e não dos animais em si.

Um caso exemplo envolvendo direito dos animais relacionado ao direito de família é o que o juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí, concedeu liminar para regulamentar a guarda alternada de um cachorro entre seus donos. A decisão reconhece os animais como sujeitos de direito nas ações referentes às desagregações familiares.

O casal em processo de separação judicial terá, provisoriamente, a guarda alternada do cão: uma semana de permanência na casa de cada um. O magistrado enumerou alguns estudos científicos sobre o comportamento de animais e leis relacionadas a questão e afirmou, como se verá a seguir. A ação tramita em segredo de justiça por envolver questão de Direito de Família. Cabe recurso da decisão.

> Diante da realidade científica, normativa e jurisprudencial, não se poderá resolver a 'partilha' de um animal (não humano) doméstico, por exemplo, por alienação judicial e posterior divisão do produto da venda, porque ele não é mera 'coisa'. Como demonstrado, para dirimir lides relacionadas à 'posse' ou 'tutela' de

> tais seres terrenos, é possível e necessário juridicamente, além de ético, se utilizar, por analogia, as disposições referentes à guarda de humano incapaz. (SÃO PAULO, TJSP – AG 2016).

Para a advogada Marianna Chaves, diretora nacional do IBDFAM, este caso começa a destacar uma realidade no Brasil que já foi revelada em alguns outros países, como os Estados Unidos. A advogada lembra que os animais de companhia passaram a ser vistos de forma distinta nos últimos tempos, sendo considerados, frequentemente, como integrantes da família. Ao serem encarados como filhos por alguns casais, em caso de ruptura, o Judiciário passou a ser procurado para decidir o destino desses filhos de outra espécie. Destarte, buscar amparo no direito das famílias através da guarda é mais coerente do que algum instrumento de direito das coisas. (IBDFAM)

O limite da atuação orientada pela vontade está na fundamentação das decisões judiciárias, conforme a Constituição. Para Streck (2007), a fundamentação é a possibilidade efetiva de respostas acertadas, que blinda as decisões contra ativismos/discricionariedades.

Portanto, apesar das questões acerca da guarda dos animais domésticos ainda não serem previstas normativamente, as decisões se justificam pela sua necessidade e a fundamentação destas tem proporcionado segurança jurídica, o que não significa que não haja necessidade da busca por uma legislação específica.

Atualmente, tramita no Legislativo nacional o PL 1365/15, na sua proposta, o animal deve ficar com quem demonstrar maior vínculo afetivo com o animal e maior capacidade para exercer a posse responsável, ou seja, quem puder cumprir com os deveres e obrigações com o pet. Para conceder a guarda, o juiz observará as condições do ambiente para morada do animal, disponibilidade de tempo, zelo e sustento dele e o grau de afinidade entre o bichinho e seu tutor. Serão observadas demais condições que possam ser imprescindíveis para a sobrevivência do pet de acordo com suas características.

Outro caso de Direito dos Animais levado ao judiciário foi o HC 397.424, impetrado pela Associação Catarinense de Proteção aos Animais, teve destaque em função dos seus pacientes, Spas e Lhuba, dois bois resgatados da Farra do Boi, um ritual típico do litoral catarinense. O julgamento do pedido ocorreu no dia 29/4/2017, a cargo do ministro Gurgel de Faria. Os bois foram resgatados pela entidade protetora e tiveram autorização do Juízo da Comarca de Biguaçu - SC para ficar sob a tutela da Comissão de Defesa Animal da OAB.

Contudo, a Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola de Santa Catarina (CIDASC) obteve autorização judicial para o abate imediato dos animais, afirmando ser necessária medida sanitária. Objetivando reverter a situação, a Associação Catarinense de

Proteção aos Animais – ACAPRA impetrou habeas corpus junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para preservar a vida dos animais.

O ministro Gurgel de Faria, em decisão monocrática, afirmou que a Constituição de 1988 não incluiu entre as hipóteses de cabimento do habeas corpus a preservação do direito de ir e vir de animais, negando o pedido.

> O processamento do feito afigura-se inviável. Com efeito, além do posicionamento deste Sodalício de que o legislador constitucional não incluiu a hipótese de cabimento do *writ* em favor de animais (HC 96344/SP, rel. Min. Castro Meira, DJe 07/12/2007), verifico que o processamento da presente ordem também encontra óbice nos termos do entendimento reiteradamente firmado por esta Corte, assim como pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não cabe habeas corpus contra indeferimento de liminar, a não ser em casos de evidente e flagrante ilegalidade, sob pena de indevida supressão de instância. Tal entendimento, inclusive, encontra-se consolidado na Súmula n.º 691 do Pretório Excelso.

Contrariando a decisão referente ao HC 397.424, baseada no não cabimento desse remédio em caso de animais não humanos, no Brasil há julgados de *Habeas Corpus* favoráveis aos animais. O primeiro e mais famoso episódio, ocorreu na Bahia em 2005, quando o Ministério Público impetrou habeas corpus intentando libertar a chimpanzé "Suíça", que se encontrava há 10 anos no Jardim Zoobotânico de Salvador e estava muito doente com o decorrer da morte do seu companheiro.

Ainda que tenha sido concedida a remoção do animal para uma reserva particular, a sentença não foi executada, já que foi proferida um dia após a chimpanzé ter sido encontrada morta em sua jaula. Apesar disso, tornou-se um marco por ter sido o primeiro caso de animal reconhecido como sujeito jurídico em HC. Mas essa não é jurisprudência consolidada no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro caso de omissão normativa a ser apontado é o da zoofilia, que ainda é prática comum e até aceita culturalmente, proporcionando uma ausência de punição efetiva para atos de violência sexual contra animais.

Nesse sentido, Bizawu, Ramos e Nepomuceno apontam que "o Brasil não tem legislação especifica que dispõe sobre zoofilia, possuindo apenas leis de amparo aos crimes praticados contra animais no que diz respeito ao abuso e maus-tratos, como é o exemplo da Lei 6.905/98 que em seu art. 32º dispõe sobre o abuso contra animais" (BIZAWU; RAMOS; NEPOMUCENO, 2017, p. 87).

Portanto, resta claro que a não tipificação da zoofilia e outras condutas no texto da Lei dos Crimes Ambientais e a falta de legislação específica no que tange à guarda, trazem grandes prejuízos na proteção efetiva dos Direitos dos Animais, em especial os domésticos em razão da sua proximidade em relação aos humanos.

Nesse sentido, apesar de o Direito Ambiental pátrio ser considerado evoluído e a Constituição brasileira no seu artigo 225, §1º, VII, proibir práticas cruéis aos animais em qualquer situação, manifestando preocupação com o bem estar dos animais não humanos, para uma efetivação dos direitos dos animais enquanto sujeitos de direito, há que se promover uma mudança de paradigmas e uma maior e nova estrutura jurídica relativa a estes.

A crítica central de Sarlet (2016) direcionada às decisões dos tribunais, no que tange aos Direitos dos Animais, se refere ao uso nem sempre adequado da dogmática jurídico-constitucional, da aplicação imprecisa de alguns princípios e da própria teoria dos direitos fundamentais.

Outra crítica possível de ser feita quanto ao reconhecimento da tutela dos Direitos dos Animais é que este depende também de uma mudança da postura dos juristas, além da mudança legislativa e da jurisprudência dos tribunais. Dessa forma, a adoção, pelos magistrados, das teses pleiteadas por advogados, reconhecendo o direito ao bem-estar e à dignidade dos animais não humanos também é um meio de construção do Direito, observado o modelo de Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

4. CONCLUSÃO

Resta clara a forte influência dos tratados, convenções e direito internacionais na tutela dos Direitos dos Animais no Brasil, contudo, esses institutos devem ser encarados como balizadores de ações mínimas de proteção, juridicamente, nada impede que o Brasil vá além dessas diretrizes.

Um problema complexo necessita de conhecimentos e esforços distintos para compor uma solução. Além de políticas públicas de combate aos maus-tratos, o poder público tem a responsabilidade de tutelar legalmente os Direitos dos Animais e o que é percebido atualmente é que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não dá a proteção necessária aos animais domésticos, necessitando de uma adequação e ampliação das leis nesse sentido.

A interpretação constitucional e infraconstitucional deve se dar no sentido amplo de proteção à vida, especialmente àquela que depende do homem para sobreviver, como é o caso dos animais domésticos.

Perante o vínculo cada vez mais estreito entre os homens e os animais domésticos, houve um aumento de maus-tratos contra os animais e, consequentemente, as demandas relacionadas ao Direito dos Animais têm surgido com frequência no âmbito do judiciário,

buscando na figura do juiz uma solução que não foi alcançada extrajudicialmente. Entretanto, a falta de previsão legal para muitos dos interesses dos animais proporciona riscos ao bem-estar e à dignidade destes. Destarte, o ordenamento jurídico pátrio ainda não dá a proteção necessária aos animais domésticos, necessitando de uma adequação e ampliação das leis nesse sentido, atendendo o modelo de Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Jan./Fev. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BENTHAM, J. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. *In*: BENTHAM, J.; MILL, J. S. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**: sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BIZAWU, S. K.; RAMOS, A. O. B.; NEPOMUCENO, G. L. **Zoofilia no brasil: uma análise de casos concretos e a necessidade de incriminação legal. RBDA**, Salvador, v. 12, n. 01, pp. 81-107, Jan.-Abr. 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/22020>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, D. R.; VELOSO, N. E. M. R. A importância da garantia do bem-estar animal em emergências: um caminho para a consecução de direitos humanos no contexto de intervenções humanitárias. **RBDA**, Salvador, v. 13, n. 03, pp. 118-138, Set.-Dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**, 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.605 de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.794 de 2008**. Regulamenta o inciso VII do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRUXELAS. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. UNESCO. 1978. Disponível em:

<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf >. Acesso em: 19 jun. 2018.
CHALFUN, M. Paradigmas filosóficos - ambientais e o direito dos animais. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Ano 5, Volume 6, Jan - Jun 2010, p. 209- 246.
COPOLA, G. **A Lei dos Crimes Ambientais comentada artigo por artigo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais** – Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. O Papel do Poder Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
LEVAI, L. F. **Direito dos animais**. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.
LIMA, J. E. R. **Vozes do silêncio – cultura científica**: ideologia e alienação no discurso sobre vivissecção. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2008.
PORTUGAL. Lei n.º 8/2017 de 3 de março que estabelece um estatuto jurídico dos animais, alterando o Código Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e o Código Penal, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 400/82, de 23 de setembro. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/106549655/details/maximized>. Acesso em: 24 set. 2018.
SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP – AG. Comunicação Social TJSP – AG 2016. Disponível em: < http://www.tjsp.jus.br/Noticias/noticia?codigoNoticia=30364>. Acesso em: 19 abr. 2018.
SARLET, I. W. **A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional.** 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protecao-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 15 set. 2018.
SINGER, P.. **Ética Prática**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
TATE, C. N; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press, 1995.

La potestad de entrada en domicilio por la inspección de los tributos: potestades públicas frente a derechos fundamentales en la experiencia jurisprudencial española

Jaime Aneiros Pereira[4]

Sumário: 1. El reconocimiento de un derecho fundamental en la Constitución española. **2.** Fundamento del derecho constitucional: protección instrumental de la vida privada. **3.** Contenido esencial del derecho. **4.** Titulares del derecho fundamental. **5.** Límites

[4] Profesor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Vigo.

del derecho constitucional. **5.1** Los requisitos de la resolución judicial para permitir la entrada en domicilio. **5.2** La entrada y registro por parte de la Inspección de los tributos. **6.** Conclusiones.

1. EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 18 de la Constitución española (CE), así como en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e, igualmente, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el derecho de toda persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.

Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce, en su artículo 8.1, el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, añadiendo en el artículo 8.2 que "*no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás .....*".

La constitución española otorga una protección reforzada a determinados derechos fundamentales, en concreto los recogidos en los artículos 14 a 30, al permitir que cualquier ciudadano pueda interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional o instar un proceso, sumario y urgente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El carácter fundamental se enmarca en la línea de lo señalado por los ordenamientos occidentales y de los distintos Convenios internacionales que, una vez ratificados por España, pasan a formar parte del ordenamiento español, como establece el artículo 96.1 de la CE, con todo su acervo doctrinal y jurisprudencial.

2. FUNDAMENTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL: PROTECCIÓN INSTRUMENTAL DE LA VIDA PRIVADA

La STC 22/2003 ha señalado que, desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 2, se entiende que la protección constitucional del domicilio es «una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona».

Aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 69/1999, de 26 de abril, F. 2; 119/2001, de 24 de mayo, F. 6; 10/2002, de 17 de enero, FF. 5 y 6) también se ha reconocido su titularidad a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril F. 2).

En cualquier caso, se trata de una protección mediata de un valor superior del ordenamiento jurídico. La intimidad o la reserva de espacios a la actuación de los órganos del Estado. Ello no obstante, no significa que se trate de un derecho absoluto sino que también tiene límites y debe ceder ante otros valores a los que se les otorga igual nivel de primacía. Para comprender su delimitación precisa es necesario conocer cuál es el contenido esencial.

3. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

La protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas.

La primera define su «inviolabilidad», que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte «exento de» o «inmune a» cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La segunda regla, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FF. 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero F. 5).

De modo que, el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial

reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

No es inocente que la Constitución reconozca, en el apartado segundo del artículo 18, que el domicilio es inviolable tras proclamar, en el apartado primero, que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tampoco es casual que los límites se establezcan de forma clara e incontrovertida: "ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

Algo similar se recoge en la normativa tributaria pues, el artículo 113 de la Ley 57/2003 General Tributaria, se establece que "cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial".

Nótese que se parte del supuesto de que el desarrollo de los procedimientos tributarios puede hacer necesaria la entrada en el domicilio de un contribuyente, y no sólo en espacios de su propiedad sino precisamente en aquella parte de su propiedad que se protege por la Constitución. Quizás, en este ámbito se ponen de manifiesto claramente los derechos y límites presentes en todo ordenamiento, y en toda potestad pública, pues el artículo 142 de la Ley General Tributaria la potestad de "entrar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen, existan bienes sujetos a tributación, se produzcan hechos imponibles o supuestos de hecho de las obligaciones tributarias o exista alguna prueba de los mismos". En cierta medida, pues, esta potestad se deslegaliza en el Reglamento pero, por un lado, se reafirma para los funcionarios de la Administración y, por otro, se concreta en una serie de lugares y bajo ciertas condiciones como es el de la autorización de la persona bajo cuya custodia se encontraren los lugares mencionados, la autorización escrita de la autoridad administrativa o la autorización del titular o de la autoridad judicial.

4. TITULARES DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Este derecho se reconoce a las personas físicas pero también se ha hecho extensivo a las personas jurídicas por la jurisprudencia constitucional española. En efecto, las SSTC 137/1985, 144/1987 y 64/1988 señalaron que la Constitución «al establecer el derecho a la

inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas».

La STC 69/1999 matizó la doctrina, de la antes citada STC 137/1985 de 17 de octubre, al señalar que la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

En esta Sentencia se señala, respecto al concepto de domicilio y a los titulares del derecho a su inviolabilidad, que ha de tenerse presente que no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 de la Constitución garantiza [SSTC 149/1991, F.J. 6º y 76/1992, F.J. 3º b)], puesto que este derecho fundamental no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros.

También se precisa que no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto «de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo» [SSTC 22/1984, FF.JJ. 2º y 5º, 160/1991, F.J. 8º, y 50/1995, F.J. 5º, entre otras].

5. LÍMITES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Los límites que la Constitución Española tienen un carácter rigurosamente taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 3; 160/1991, de 18 de julio, F. 8; 126/1995, de 25 de julio, F. 2; 136/2000, de 29 de mayo, F. 3).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reafirmado que la entrada y registro, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable, se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de

proporcionalidad, para preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito. No obstante, en el caso de actuaciones de la Inspección de los tributos las condiciones se modulan, como veremos, puesto que no se requiere ineludiblemente una constancia de delito.

En el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo artículo 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva, sólo se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no –como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución– a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos» (STC 160/1991, de 18 de julio, F. 8).

La resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, F. 2; 139/1999, de 22 de julio, F. 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, F. 31; 50/1995, de 23 de febrero, F. 5; 41/1998, de 24 de febrero, F. 34; 171/1999, de 27 de septiembre, F. 10; 8/2000, de 17 de enero, F. 4).

Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como «garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el artículo 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental» (STC 171/1999, de 27 de, F. 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, F. 4).

5.1. Los requisitos de la resolución judicial para permitir la entrada en domicilio.

La STC 139/2004, siguiendo la doctrina de las SSTC 160/1991, de 18 de julio, y 136/2000, de 29 de mayo, señala que la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que

la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (SSTC 76/1992, de 14 de mayo, F. 3.a; 50/1995, de 23 de febrero, F. 5; 171/1997, de 14 de octubre, F. 3; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo, FF. 3 y 4).

Junto a estas exigencias, también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero).

Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (SSTC 50/1995, de 23 de febrero; 69/1999, de 26 de abril).

Por ello, las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurran, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes.

Tanto la solicitud administrativa como el Auto Judicial tienen que estar suficientemente motivados, siendo insuficiente, por ejemplo, que se limite la autorización de entrada acompañando la solicitud administrativa y la copia de la orden de carga en Plan de Inspección -SSTSJ Cataluña de 14 de junio de 2007; 27 de septiembre de 2007; 13 de diciembre de 2007; 26 de enero de 2010; 20 de mayo de 2010 y 14 de marzo de 2013-. Y tampoco se considera suficiente que el Juez tenga que integrar la solicitud administrativa infiriendo datos de informes –STSJ Comunidad Valenciana de 15 de mayo de 2012-.

Algunas decisiones jurisprudenciales admiten que la diligencia inspectora o el auto judicial se motiven por remisión a los documentos del expediente o resto de actuaciones inspectoras (motivación "in aliunde" o "per relationem –artículo 89.5 Ley 30/1992), pero con limitaciones.

Así lo admite la TSJ Cataluña de 22 de marzo de 2012, pero exige que se haga constar, en forma concreta y explícita, la causa que da razón de ser al acto de que se trate, aun cuando resulta preferible que los mismos se reseñen o resuman en alguna forma.

El Auto judicial debiera hacer referencia a:

– identificar el domicilio al que se pretende acceder o registrar y su titular;

– Identificar que el interesado es el titular del derecho protegido

– Identificar que la solicitud de entrada o registro ha sido realizada por la autoridad competente

– Especificar la finalidad de la entrada, con expresión de la actuación inspectora a llevar a cabo, y la justificación y prueba de su necesidad (SSTS 25 de abril de 2003 y 14 de marzo de 2006; SSTSJ Cataluña 15 de enero de 1998 y 26 de junio de 2006).

– Especificar los hechos que se investigan

– Concretar los sujetos investigados.

– Concretar los datos, documentos, operaciones, informaciones o elementos objeto de inspección.

– Identificar a los funcionarios que van a realizar la entrada domiciliaria.

– Concretar el plazo para realizar la actuación inspectora en el domicilio.

La STSJ Comunidad Valenciana de 15 de mayo de 2012, (Recurso 49/11), mantiene que la solicitud administrativa al Juez –y, por tanto, también debe reflejarse en el auto judicial- debe concretar cuál es el ilícito tributario grave que se intenta comprobar, siendo rechazables las entradas meramente prospectivas. Tal ilícito ha de tener la suficiente entidad y gravedad que justifique la limitación del derecho fundamental –v.gr., atendiendo a los importes aproximados de las deudas tributarias presuntamente defraudadas-. Igualmente, debe explicar por qué el registro en el domicilio es el único medio que posibilita obtener las pruebas necesarias para la investigación de los presuntos ilícitos tributarios, debiendo argumentar que no existe otra medida más moderada para la consecución los datos que

pretendía obtener e igualmente tendría que haber explicado con mayor concreción cuáles eran los datos probatorios que se proponía aprehender.

Las SSTSJ Cataluña 14 de junio de 2007; 27 de septiembre de 2007; 13 de diciembre de 2007; 26 de enero de 2010; 20 de mayo de 2010 y 14 de marzo de 2013, exigen, para que el Juez autorice la entrada domiciliaria, que en la solicitud administrativa o junto a ella consten explícitamente los datos objetivos indiciarios de un ilícito tributario y los indicios de obtener, mediante la entrada y registro, el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. No cabe, pues, pretender efectuar inspecciones genéricas a la búsqueda de documentos o pruebas inculpatorias.

Tampoco resulta posible un razonamiento en negativo, basado en los perjuicios, como la alegación de una eventual frustración de la actuación de la Inspección o la importancia de conseguir el acceso de forma directa a la información disponible, tanto en soporte informático como en papel, atender a sectores enteros de actividad, sino que ha de concretarse en el supuesto puntual, esto es, en las obligaciones tributarias e ilícitos indiciarios de los obligados tributarios titulares o que ejerzan su actividad en el domicilio de cuya entrada se trate, sin que la negativa a la entrada así autorizada sea a su vez un indicio de la comisión de ilícitos tributarios.

La competencia para autorizar a la Inspección de Hacienda la entrada domiciliaria, a la vista de la solicitud administrativa con explicación de los indicios y datos que auspician la entrada, no bastando simples conjeturas ni afirmaciones genéricas (SSTS 22 de marzo de 2004 y 17 de junio de 2003; STSJ Cataluña 26 de septiembre de 2008), corresponde al Juez de lo contencioso-administrativo mediante resolución motivada –Auto; STC 239/1999-, de conformidad con el artículo 8.6 Ley 29/1998, de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Además, es necesario que se rindan cuentas por la Inspección a la autoridad judicial al acabar la actuación inspectora en el domicilio –artículo 172.4 RGGIT; cfr. STSJ Cataluña nº 506/2004, de 29 de junio-.

La actuación del Juez es la de garante del derecho fundamental, no se dirige a enjuiciar la legalidad del acto inspector (STC 22/1984, de 17 de febrero).

Aunque, en el ámbito penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige, en una entrada o registro domiciliario, la presencia del Secretario Judicial, la Ley 29/1998 nada establece al respecto, cuando sería conveniente su asistencia para garantizar la efectividad del derecho fundamental y asegurar el cumplimiento estricto de lo dispuesto en el Auto judicial.

En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada

y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

5.2. La entrada y registro por parte de la Inspección de los tributos.

El artículo 142 LGT alude a que sólo pueden llevarse a cabo actuaciones de entrada o registro "cuando se necesario". Y el artículo 172 del Real Decreto 1065/2007 hace referencia a que las actuaciones inspectoras "así lo requieran". La STC 69/1999, 26 de abril, sostuvo que la entrada y registro domiciliario resulta necesaria en aquellos supuestos en que la obtención de pruebas fuese imposible o extraordinariamente dificultosa acudiendo a otros medios alternativos menos gravosos. Y la Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre de 2013, exige que el órgano jurisdiccional vele por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos exige, para que se produzca una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho que esté prevista por la Ley, y constituya una medida que, en una sociedad democrática, "sea necesaria", entre otros motivos, para el bienestar económico del país. Por su parte, el TEDH alude a que exista una "exigencia social imperiosa", y que la medida tomada "debe ser proporcionada a la legítima finalidad perseguida", en Sentencias de 9-10-2003 (Slivenko) y 20-6-2000 (Foxley).

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2013 ha afirmado: "la interpretación del ordenamiento tributario ha de hacerse buscando un equilibrio entre los intereses en conflicto; es decir, de un lado, las potestades administrativas de inspección y las facultades necesarias para hacer efectivo el mandato constitucional del artículo 31.1 CE y, de otro, los derechos fundamentales afectados y los principios de proporcionalidad y de menor injerencia en la vida y las actividades económicas de los obligados tributarios".

Se trata de otorgar virtualidad jurídica al principio de proporcionalidad, que, según el Tribunal Constitucional –v.gr., entre muchas, la STC 173/2011-, exige la concurrencia de, en

primer lugar, un juicio de idoneidad, que implica atender a "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto". Se trataría de advertir si la entrada domiciliaria es útil para alcanzar la finalidad que se persigue con la misma.

En segundo lugar, un juicio de necesidad, que obliga a analizar si, además, esa medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia. Por tanto, bien en la diligencia inspectora, bien en el auto judicial, debería analizarse y reflejarse si no existe otra posibilidad, menos incisiva o gravosa que la entrada domiciliaria, para alcanzar la finalidad perseguida, explicando detalladamente por qué otras potestades menos incisivas en un derecho fundamental de las que pueda hacer uso la Inspección de Hacienda no se consideran eficaces para lograr la finalidad perseguida.

Y, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en la que se analiza si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto -cfr. STC 89/2006, de 27 de marzo-. En este punto, ante una entrada domiciliaria, será necesario realizar una ponderación entre los beneficios que puedan obtenerse de realizar tal actuación por la Administración tributaria y el sacrificio que esa concreta entrada, en los términos en que vaya a desarrollarse, comporta en el disfrute del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por eso, la entrada por la Inspección de los Tributos en un espacio físico que tenga la condición de domicilio no sólo debe ser útil, sino indispensable o imprescindible para alcanzar el fin perseguido; siendo, por tanto, la última de las medidas posibles, al no existir otra más moderada para alcanzar el fin propuesto con idéntica eficacia –STS 14 de mayo de 2001-.

La Jurisprudencia da algunos ejemplos en los que no se admite la entrada[5]. Así, la STSJ Cataluña de 14 de marzo de 2013 estimó que no podía justificarse la necesidad de entrada en una consulta de una odontóloga alegando, la Administración, que en esa actividad económica se efectúan, en su mayoría, pagos en metálico, pues no cabe la entrada respecto de sectores económicos determinados por la simple dificultad de comprobación en ellos de los ingresos declarados, sean cuales fueren tales sectores y la entidad de cualesquiera

[5] La STSJ Cataluña 13 de diciembre de 2003 señaló que "no resulta proporcional la medida de entrada y registro con tales extremos, alguno de los cuales, como el relativo a no tributar por los IAEs que les corresponden, jamás podrá dar lugar a acordar no ya la entrada en el local para inspeccionar la actividad, sino el registro de toda su documentación y soportes informáticos, constitucionalmente protegidos". Con idéntica exigencia, la STSJ Cataluña, nº 313/2012, de 22 de marzo de 2012. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 12 de marzo de 1998: "la necesidad, en este caso, implica que sólo cabe acudir a la medida si es realmente imprescindible tanto de la perspectiva de la probable utilidad, como de la cualidad de insustituible, porque si no es probable que se obtengan datos esenciales, o si éstos se pueden lograr por otros medios menos gravosos, estaría vetada la intervención (STC 31-1-1985, SSTS 24-6 y 18-7-1996)".

conjeturas o sospechas generales sobre la declaración de ingresos. Tampoco la comparación de beneficios declarados y pagos por inversiones o las incoherencias en las declaraciones serían, por si solas, suficientes para la autorización, si no fueran acompañadas de su necesidad por no existir medios bastantes de comprobación en poder de la inspección o la concurrencia de circunstancias especiales detalladas. La concurrencia simultánea de ambas circunstancias determina que la autorización de entrada domiciliaria sea necesaria y proporcionada: se detectan, indiciariamente, pagos por inversiones muy superiores a la renta declarada e incoherencias en las declaraciones y, a la vez, la comprobación exige tal autorización por las características de la actividad.

La STS de 23 de abril de 2010 ha declarado que, a la luz de la delimitación del ámbito espacial de protección domiciliaria efectuada por el Tribunal Constitucional, la conclusión a que debe llegarse -interpretando conforme a estos pronunciamientos lo que disponía el artículo 141 de la LGT de 28 de diciembre de 1963 y lo que en la actualidad establecen los artículos 113 y 142.2 de la vigente LGT de 2003- es que en el caso de las personas jurídicas, dada su peculiar naturaleza y finalidad, tienen la consideración de domicilio a efectos de la protección constitucional otorgada por el artículo 18.2 de la Constitución los espacios que requieren de reserva y no intromisión de terceros en razón a la actividad que en los mismos se realiza, esto es, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la entidad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento, y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal, la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado.

Por el contrario, no son objeto de protección constitucional los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad ni sirve a la custodia de su documentación, ni tampoco las oficinas donde sólo se exhiban productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares.

Por lo tanto, los criterios para entender que no estamos antes domicilio constitucionalmente protegido pueden ser que se trate de un local comercial que pudiera estar abierto al público o locales con acceso sujeto a autorización, donde se lleva a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de una sociedad mercantil que no está vinculada con la dirección de la sociedad o de un establecimiento ni sirva a la custodia de su documentación

Esta doctrina del Tribunal Supremo se ha reiterado en sus Sentencias de 23 de abril de 2010 (RJ 2010, 3636); 23 de abril de 2010 (RJ 2010, 3637); 23 de abril de 2010 (RJ 2010, 3638); 23 de abril de 2010 (RJ 2010, 3639 y 24 de abril de 2010 (RJ 2010, 3640)

Esta tesis del Tribunal Supremo es la que de forma habitual se viene también sustentando por otros Tribunales, constituyendo buena muestra de ello, por citar tan sólo algunos pronunciamientos jurisdiccionales, las SSTSJ de Cataluña 1045/2005, de 27 de septiembre (JT 2006, 434), 512/2006, de 1 de junio (JT 2007, 229), 910/2006, de 28 de septiembre (JUR 2007, 134557), 939/2007, de 27 de septiembre (JT 2008, 252), 1009/2007, de 11 de octubre (JT 2008, 263), 41/2008, de 17 de enero de 2008 (JUR 2008, 285055) y 782/2008, de 10 de septiembre de 2008 (JT 2009, 48); y la STSJ del Principado de Asturias núm. 197/2010, de 26 de febrero de 2010 (JUR 2010, 144927).

En la STSJ de Cataluña núm. 1045/2005, de 27 de septiembre de 2005 (JT 2006, 434), tras recordar que el Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión de que la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica viene a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, que hay que afirmar que garantizar la inviolabilidad del domicilio, presupone partir del reconocimiento de éste, como un ámbito espacial de privacidad de la persona que por tanto debe resultar inmune a cualquier tipo de agresión y a otras personas sean públicas o privadas, y como consecuencia de ello, dicha garantía ha de extenderse asimismo a la interdicción como posibles formas de injerencia en el domicilio, de entradas y registros en la medida que sólo serán constitucionalmente legítimos en los supuestos de flagrante delito, o en los casos en que hubiese mediado consentimiento del titular o resolución judicial.

Se trata de un mecanismo de control, este último, que representa un auténtico filtro a efectos de evitar comportamientos arbitrarios de la Administración cuya interdicción viene proclamada ya por el artículo 9.3 de la Constitución y específicamente a través de la necesidad de que la Administración Pública actúe con sometimiento pleno a la Ley y al derecho, como expresamente preceptúa el artículo 103.1 de la Constitución, por lo que no se puede imponer al Juez la obligación de autorizar mecánicamente esas entradas, que ninguna garantía ofrecería a los derechos fundamentales, sino que el mismo tiene la potestad y la obligación de controlar, que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, que existe la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca

fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido, y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto, añadiendo que el examen de la legalidad, necesidad, proporcionalidad, etc., no se realiza por el Juez a posteriori de las actuaciones administrativas sino con carácter previo.

Se trata de encomendar a un órgano jurisdiccional que realice una ponderación previa de intereses, antes de que se proceda a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste, en ausencia de consentimiento del titular, tal como ya se declaró por la STC 160/1991 (RTC 1991, 160). Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2006 (JT 2007, 229) se afirmó que la medida debe ser proporcionalmente ajustada al fin que se persigue sin que exista otra alternativa menos gravosa, pues cuando los fines de la ejecución administrativa pueden igualmente alcanzarse sin entrar en el domicilio, la entrada no debe autorizarse por no existir «necesidad justificada de penetrar» en aquél. También se requiere que la entrada solicitada ha de ser efectivamente necesaria por la actividad de ejecución, esto es, ha de ser apta o idónea para el fin pretendido.

6. CONCLUSIONES

En España, la Administración tributaria –la Inspección de los tributos- tiene atribuida la potestad de entrada en los domicilios de los contribuyentes. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido delimitando un ámbito del domicilio sujeto a mayores requisitos y garantías.

Este ámbito se denomina "domicilio constitucionalmente protegido" y ha pasado a recogerse en el artículo 113 de la Ley General Tributaria. La entrada en este lugar requiere de autorización del titular o de un órgano judicial. En las actuaciones de la inspección son los jueces de lo contencioso-administrativo los competentes para dicha autorización, mientras que si existiese una investigación judicial por delito serían los jueces de lo penal.

En cualquier caso, lo relevante es que la jurisprudencia ha ido construyendo unos requisitos, para autorizar esta medida, que están llamados a evitar el uso de esta potestad en términos de mayor facilidad para el desarrollo de las actuaciones de la Administración o de abuso de las potestades que tiene reconocidas.

El resultado que se persigue es la protección de uno de los derechos fundamentales que reconocen los tratados y convenios internacionales suscritos por España, así como la Constitución española junto con el establecimiento de límites a la actuación de la Administración pública.

O formalismo processual como barreira à garantia dos direitos fundamentais

Hélintha Coeto Neitzke[1]

Sumário: 1. Introdução. **2.** O formalismo processual. **3.** O direito fundamental a um procedimento adequado. **4.** A técnica da flexibilização procedimental. **5.** Conclusão. **6.** Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O procedimento, para que seja legalmente válido, deve ser assistido pelo devido processo legal como meio de garantir sua real e válida existência. Por meio do contraditório, sem olvidar o princípio da igualdade, que se garante o estrito cumprimento dos direitos fundamentais.

O contraditório, na concepção tradicional, corresponde à obrigatoriedade da ciência dos atos e termos do processo à parte contrária. Basicamente, o contraditório, nesta primeira concepção, volta-se ao conhecimento acerca da demanda instaurada, a típica ação-reação. No entanto, o contraditório é muito mais que proporcionar conhecimento à parte contrária de que contra ela pende uma demanda.

Contraditório pressupõe participação, seja das partes, através das situações jurídicas processuais ativas ou passivas, seja do juiz, por meio dos poderes e deveres que lhe são impostos em razão de representar o Estado por meio da atividade judicial exercida. Pode se falar, assim, em um contraditório participativo, dinâmico. Soma-se, ainda, a importância da relação entre o Estado e as partes, nos dizeres de Dinamarco ao considerar que "seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo", de modo que essa participação "constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo"[2]. Vale lembrar que o referido autor ressalta que a participação no processo não é

[1] Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense, Professora da Universidade Federal da Grande Dourados.

[2] DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131.

do titular do poder, no caso o Estado, por meio da Jurisdição, mas das pessoas sobre quem o poder se aperfeiçoa.

Falar em direito à participação procedimental é ainda oportunizar meios reais para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos no âmbito de uma relação jurídica processual e para isso imprescindível que seja oportunizada uma participação de forma ativa. Ativa no sentido de que a parte pode e deve participar de forma atuante, de forma racional, nos dizeres de Medina[3]. Não basta ofertar espaço para uma mera e única participação, mas se deve oportunizar, substancialmente, momentos de efetiva e relevante contribuição em todos os atos do processo, do início ao fim da demanda.

O contraditório, por sua vez, também significa influência sobre o desenvolvimento do processo, ou seja, influência concedida às partes para contribuir com a formação do convencimento judicial, "pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma coparticipação dos sujeitos processuais na formação das decisões"[4].

Neste sentido, que se pode afirmar que a garantia do contraditório pressupõe conhecimento-participação-influência e é visualizado entre partes-juiz e juiz-partes.

O atual Código de Processo Civil acrescenta ainda uma quarta concepção de contraditório: a proibição de decisões judiciais surpresas, que vem disciplinado expressamente no artigo 10. Saliente-se que é irrelevante para a lei que tais decisões surpresas sejam de matérias que o juiz possa conhecer de ofício. Até nesses casos, as partes terão espaço para exercer a ampla defesa e o contraditório. Na verdade, "tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda à matéria apreciável de ofício"[5].

Assim, o contraditório não se reduz ao conhecimento da outra parte acerca da existência do processo, mas também aborda a garantia de participação ativa da mesma durante todo o *iter* procedimental e o direito das partes de influir nos caminhos do processo. Logo, o processo não deve ser visto como um simples instrumento de realização dos direitos

[3] MEDINA. José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123.

[4] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 107-141, fev. 2009, p. 124-125.

[5] Idem, p. 125.

dos indivíduos, mas um campo propício à participação ativa no procedimento e esta participação deve concorrer para a decisão final ultimada pelo magistrado, no processo. As partes vão, assim, contribuir, ativamente, para a decisão a ser proferida pelo juiz.

Essa garantia de participação que a parte conta decorre dos esforços, ainda que iniciais, da proposta feita por Giorgio Jellinek[6], que inaugurou a teoria chamada *status*, a qual se subdivide em quatro. É através do *status* positivo que o cidadão pode exigir do Estado uma ação positiva de dar, de fazer ou de prestar algo. Jellinek propõe ainda outras categorias de *status*: negativo, passivo e o ativo. O status negativo (ou *status libertatis*) revela a liberdade que o indivíduo tem frente ao estado e geralmente refere-se aos direitos políticos de liberdade e igualdade, direitos básicos dentro de um país democrático. Já o *status* passivo (ou *status subjectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo frente ao Estado, quando que, em determinados casos, o Estado pode prevalecer sobre os interesses individuais. Por fim, Jellinek trata do *status* ativo *(*ou *status activus)*, o qual leva em conta uma participação e influência na vontade do Estado, voltado, sobretudo, ao exercício da cidadania.

A teoria aceita e fortemente difundida por Jellinek é a base fundamental da relação entre o Estado e o indivíduo, imprescindível para a realização dos direitos do jurisdicionado frente à autoridade política do Estado.

É importante salientar que a participação concedida às partes para exigir do Estado uma pretensão tem sua razão de ser nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição vigente do país e possui, nos dizeres de Canotilho, três perspectivas sobre o procedimento/processo: "1 – procedimento/processo, reconduzíveis a instrumentos de proteção e realização dos direitos fundamentais; 2 – procedimento/processo, configurados como instrumentos <<adequados e justos>> para a limitação ou restrição dos direitos fundamentais" e o último: "3 – procedimento/processo, proclamados como <<locais>> ou <<espaços>> de exercício dos direitos, liberdades e garantias"[7].

Para Canotilho, o procedimento é o lugar em que os direitos fundamentais podem ser exercitados, como espaço profícuo ao exercício dos direitos e garantias protegidos constitucionalmente, bem como também é visto como espaço de defesa contra eventuais investiduras do Estado para com os indivíduos. Neste sentido, salienta que "a ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos

[6] JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbjettivi**. Milano: Societá Editrice Libraria, 1912, p. 106 e ss.

[7] CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

fundamentais". Entretanto, "a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais"[8]. Para o autor, a participação ativa no processo representa "topoi de argumentação ou de referência de uma compreensão de direitos fundamentais antropologicamente optimista, democraticamente dinamizada e socialmente enraizada"[9].

Assim, é possível constatar que é no processo, por meio do procedimento que os direitos e garantias fundamentais são observados e garantidos, como salienta Medina, para o qual o "processo não é apenas instrumento de proteção e realização dos direitos dos indivíduos: o próprio processo deve ser, também, espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos"[10].

Dessa forma, o princípio do contraditório garante às partes no processo, além do conhecimento acerca da demanda, a efetiva participação delas nos caminhos que o processo trilhará, com a permissão ainda de influírem na formação do convencimento judicial, vedada a proibição de decisões surpresas, tudo devido ao direito fundamental de participar, dentro de um procedimento, e cobrar do Estado uma pretensão que lhe seja necessária.

Evidente que a participação ativa das partes no procedimento encontra limites na boa-fé processual (art. 6º CPC/2015) e nos limites impostos pela lei (art. 190, § único), assunto que será melhor tratado na última parte deste trabalho. Ou seja, os limites estabelecidos pelas normas cogentes, que revelam o interesse público sobressalente servem de barreira a esta participação ampla e dinâmica.

2. O FORMALISMO PROCESSUAL

O Estado optou por disciplinar, previamente, os caminhos que o procedimento, como lugar destinado à atuação das partes, deve trilhar. Bem é verdade que é outro o motivo que se deve à criação do procedimento - a falta de confiança no juiz. Uma das formas encontradas para se conter os arbítrios do juiz era prever e disciplinar o procedimento, que ficou conhecido como o procedimento ordinário clássico, muito bem exposto por Marinoni[11]. Criou-se, assim, um modelo estipulado pela lei, de como as partes devem se

[8] Idem, p. 74.
[9] Idem, p. 73.
[10] MEDINA. José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 123.
[11] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

comportar dentro do processo, estipulando-se diretrizes para tanto. Aroca[12] preferiu chamar de formalismo. Para ele, estudar o procedimento obriga, necessariamente, a enfrentar e considerar o formalismo, a fim de que a compreensão seja completa.

Cumpre salientar que formalismo aqui tratado refere-se tanto à forma dos atos processuais quanto ao procedimento em si, pois ambos foram projetados pela lei na tentativa de ofertar previsibilidade e segurança jurídica às partes. No entanto, sem sombra de dúvidas, é sobre o procedimento que os principais argumentos, a favor de sua flexibilização se instauram, fundamento este que autoriza a celebração de acordos processuais, objeto deste trabalho.

O princípio da legalidade reconhece no Poder Legislativo o único autorizado a criar a lei. Desde o liberalismo e mais precisamente com a Revolução Francesa, a lei deveria representar a vontade da sociedade contra os arbítrios e desmandos do poder estatal.

Já no Estado de Direito, a lei repousava na concepção do direito natural, imutável e universal, de onde decorre que a lei era concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei era a base do Estado de Direito. Assim, toda e qualquer ingerência na autonomia privada somente poderia advir da lei, formalmente elaborada pelo Poder competente, para assegurar os direitos individuais, sejam aqueles de conteúdo negativo (proibição de fazer) ou aqueles de conteúdo positivo (obrigação de fazer).

Nessa época, a liberdade consistia em fazer tudo o que a lei não proibia ou exigia que fosse feito e, assim, o princípio da legalidade, ganhava vez e força, de forma que se consolidou, através do positivismo jurídico, a máxima que o 'homem é livre para fazer tudo o que a lei não proíbe', e o arbítrio do Estado ia, pouco a pouco, sendo dosado.

Porém, é a partir da instauração do Estado Democrático que o princípio da legalidade ganhou novo conteúdo para acrescer a ideia de direito substancial, ou seja, a legalidade não está adstrita ao conteúdo expresso da lei, mas a um conjunto de princípios e valores fundamentais que não podem ser relegados, mas devem ser observados pelo intérprete e pelo legislador. Ou seja, a legalidade meramente formal não tem razão de ser se não for estritamente observado o qualificativo 'substancial'. Ao contrário do que se pode sugerir, o princípio da legalidade não sofreu um desenvolvimento, quando passou a se subordinar à Constituição, sua lei maior, o que de fato ocorreu foi uma transformação, que afeta as

[12] AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal. Jurisdición, acción y proceso**. 2. ed. Madrid: Técnos, 1979.

próprias concepções de direito e de jurisdição e, portanto, representa uma quebra de paradigma, nas palavras de Marinoni[13].

O fundamento para essa mudança reside no fato de que, embora seja relevante a existência de uma legislação, pré-concebida, é importante que a mesma não se restrinja aos ditames rígidos e únicos, definidos por si próprios, mas que a legislação esteja antenada com as transformações sociais, políticas e culturais pelas quais passa uma sociedade. E para tanto, Silva esclarece que a lei tem sua importância, no entanto, não de forma isolada: "deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente", e continua o autor: "mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado"[14].

Outro princípio, igualmente relevante para se compreender o porquê do formalismo, é o devido processo legal. Concebido inicialmente também para frear as arbitrariedades e prepotência dos titulares do poder no século XIII na Inglaterra, foi no continente estadunidense que o devido processo legal ganhou vez e erigiu-se num requisito de razoabilidade e racionalidade dos atos estatais, tornando-se assim, um termômetro axiológico acerca da justiça das regras de direito, como bem descreve Castro[15].

O princípio do devido processo legal não se esgota em assegurar a simples e mera participação no procedimento, mas uma participação substancial, ativa e efetiva, que só por meio do contraditório e da ampla defesa, tornar-se possível.

O princípio do devido processo legal "exige do legislador a imposição e do juiz, a concreta observância de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo", sendo que o "devido processo legal exige também que a cada um dos sujeitos processuais sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos do processo, assim como lhe sejam impostas certas limitações relacionadas com o tempo, lugar e modo de realização dos atos permitidos"[16]. Continua o autor esclarecendo que essas limitações constituem "fator de segurança para os demais sujeitos. O traçado do procedimento, como conjunto de atos ordenados, é por isso um dos aspectos do devido processo legal em sua projeção sobre o

---

[13] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[14] SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 121.

[15] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

[16] DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

sistema do processo civil"[17]. É sabido que as formas processuais existem para promover organização, certeza e eficiência no âmbito processual. "Sua observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e de respeito aos direitos das partes, sendo, pois, o formalismo indispensável ao processo"[18].

O que não deve ocorrer é o formalismo exarcebado, a ponto de ser um obstáculo para o desenrolar saudável do processo e os fins a que se propõe o Direito Processual Civil. Tal se faz importante, pois "as *litis* são diferentes umas das outras como as doenças e nenhum médico pensaria em prescrever para todos os doentes o mesmo método de cura" e que "a referência à rigidez sugere a fórmula útil para indicar outro princípio, que se deve levar em conta para a construção e para a manobra do processo: aludo ao princípio da elasticidade"[19].

Visto que o procedimento é o *locus* legítimo e propício à participação das partes, o que somente se dará por meio de um contraditório efetivo, facilmente percebe-se a importância que o procedimento tem para o processo civil, principalmente para a observância do princípio do devido processo legal. No entanto, é imprescindível que o procedimento ofertado seja adequado ao caso trazido à juízo, sob pena de o devido processo legal restar violado. Todo procedimento compõe-se de demanda, atos intermediários e provimento final. Os atos intermediários serão determinados conforme o procedimento escolhido e adequado ao caso concreto. Todos os procedimentos são compostos por fases mais ou menos definidas, quer cognitivas, quer executivas, conforme afirma Dinarmarco[20].

Mister diferenciar, neste momento, o formalismo processual, que pode ser conhecido sob dois viés: o formalismo relativo aos atos processuais individualmente considerados e o formalismo relativo ao processo como um todo, referente à estrutura processual[21]. "O procedimento abrange a sequência e a forma dos atos processuais, pensados com o escopo de disponibilizar um processo ordenado, que respeite direitos como contraditório, ampla defesa, juiz imparcial, etc"[22].

---

[17] Idem, p. 30.

[18] GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de Souza. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016, p. 165.

[19] CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual Civil e Penal**. Campinas: Peritas Editora e Distribuidora Ltda, 2001, p. 194.

[20] DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

[21] BALEOTTI, Francisco Emílio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 389-408, nov. 2012.

[22] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo das convenções processuais no Processo Civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 23.

O Código de Processo Civil adota o sistema da legalidade das formas procedimentais, o que acarreta em um sistema preordenado, rígido, inflexível, impedindo que os sujeitos processuais alterem a ordem ou procedimento a ser adotado, bem como os prazos estabelecidos pelas ditas normas cogentes.

O sistema rígido, adotado pelo ordenamento brasileiro, que também proíbe o retrocesso de fases procedimentais já ultrapassadas, tem sua razão de ser no instituto da preclusão, cuja principal conseqüência jurídica é a impossibilidade da parte de exercer uma faculdade ou um poder que lhe foi outorgado anteriormente pela lei. Mister lembrar que a preclusão não alcança as matérias de ordem pública, somente àquelas sujeita à disponibilidade das partes. A preclusão fica visível também no caso das convenções processuais, objeto deste trabalho, visto que os acordos processuais não podem alcançar ato processual já consumado.

No tocante à forma em si, o artigo 188 do diploma processual civil revela um sistema de liberdade das formas procedimentais como regra geral, salvo quando a lei excepcionalmente prever uma forma específica para o ato processual. No entanto, em sua maioria, ao contrário do que dispõe o referido dispositivo, os atos processuais possuem formalidades que lhe são inerentes, como é o caso da petição inicial, da sentença e do recurso, por exemplo.

Sempre houve preferência por um sistema estático, pré-estabelecido legalmente, que não fosse passível sua alteração, uma vez que o procedimento sendo imutável garante a todos os envolvidos previsibilidade e segurança jurídica, pois os sujeitos do processo e terceiros podem conhecer de antemão o itinerário a ser percorrido e as condutas permitidas e vedadas, bem como os possíveis resultados de suas ações ou omissões.

Em contrapartida ao sistema da legalidade há o sistema da liberdade das formas procedimentais, que não conta com uma ordem pré-estabelecida, bem como em relação à forma há certas liberdades, ficando a cargo dos próprios sujeitos do processo a estipulação para àquele ato processual.

Cada sistema tem suas especificidades e vantagens. O que se pode afirmar é que "não há sistemas totalmente puros, embora no ordenamento jurídico seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento"[23].

O formalismo procedimental não deve jamais impedir que a flexibilização procedimental ocorra no processo, pois, em momento algum, ajustar o procedimento ao

[23] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 164.

caso concreto promove insegurança jurídica aos envolvidos. Assim, não somente no âmbito de um sistema onde a liberdade das formas procedimentais impera, mas também no âmbito do sistema onde vige a legalidade das formas, é cabível a técnica da flexibilização procedimental, como será mais adiante demonstrado.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCEDIMENTO ADEQUADO

Com a formação da União Européia no ano de 1993, países do continente europeu tiveram que aproximar suas legislações de forma a ofertar um procedimento mais adequado e eficaz em prol da concretização dos direitos fundamentais[24], o que ficou expresso no Código de Processo Português no artigo 265-A, dispositivo este alterado pelo decreto lei português 180/1996, o qual trata da adequação formal do processo.

O atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor por meio da Lei nº. 13.105/2015, antenado com as últimas mudanças ocorridas nos países europeus, também mitigou o modelo da legalidade das formas procedimentais para permitir que o juiz e as partes ajustem o procedimento de acordo com as especificidades da causa.

Como dito, a partir da instituição do Estado Social em substituição ao Estado Liberal, os princípios e valores jurídicos se sobrepõem à letra simples da lei. O direito que está em jogo deve ser garantido substancialmente, não de qualquer forma, nem a qualquer tempo, mas deve contar com o cuidado específico daquele que faz às vezes do Estado – o Poder Judiciário. Assim, o direito material levado a juízo deve ser conhecido e protegido acima de qualquer formalidade burocrática e desnecessária, imposta pelo legislador.

Importante ressaltar que para a satisfação do direito material, mister que se reconheça que, embora o direito processual seja autônomo ao direito material, como pretendeu pontuar a escola sistemática, não se pode olvidar que o direito processual está intimamente ligado ao direito material e vice versa, como bem esclareceu Marinoni[25] e Bedaque[26].

Lembrar nesse momento da 3ª fase metodológica do processo civil – do processo como instrumento, ultrapassada, assim, as fases sincretista e autonomista, é crucial para compreender a importância e necessidade de um procedimento que seja realmente adequado.

---

[24] COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004.

[25] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[26] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

"Torna-se fundamental, assim, a adequação do instrumento ao objeto a que servirá de conduto, de modo a melhor e mais facilmente alcançar os fins para os quais foi criado"[27]. Hoje, no entanto, já se fala em uma 4ª fase: do formalismo-valorativo, onde os valores constitucionais dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principiais, a técnica fica em segundo plano, sendo que o fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material[28].

Ademais, vale lembrar ainda a respeito dos escopos da atuação do direito. Assim, o direito processual sempre será o "instrumento voltado para fora de seu próprio sistema, pois tem o escopo imediato de conferir eficácia a outro direito – o material (escopo jurídico), para, a final, atingir seus escopos últimos e mediatos, que se confundem com os objetivos das demais funções do estado (escopos social e político)"[29].

O procedimento jamais deve ser inflexível. É o que explica muito bem Bedaque quando afirma que o procedimento único, rígido, não deve mais ser admitido, pois "muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige que sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo"[30]. Para Dinamarco "a necessidade de oferecer segurança deve conviver com o princípio da liberdade das partes e racionalidade no exercício do poder, donde resulta que os sistemas processuais modernos buscam o desejável equilíbrio entre a legalidade e a liberdade formal"[31]. Derradeira é a afirmação de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: o procedimento jamais "deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando-o imprescindível ao conceito à regulação da atividade das partes e do órgão judicial, conexa ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade"[32].

Assim, o sistema da legalidade das formas deve ser lido em conjunto com o caráter instrumental do processo, lembrando a razão de ser do Processo Civil: servir de instrumento, condução, para a efetivação do direito material levado a juízo.

---

[27] DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf]. Acesso em: 04.06.17.

[28] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

[29] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

[30] Idem, p. 74.

[31] DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30.

[32] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

Conclui-se que o formalismo excessivo em nada contribui para os fins colimados do Direito, razão pela qual, o procedimento deve ser flexibilizado pelo juiz e pelas partes, em busca de um procedimento adequado ao caso concreto, a fim de que haja real efetividade à tutela jurisdicional prestada. Um procedimento adequado não deve ser ofertado, em hipótese alguma, somente em face do Estado, mas, se necessário, também em face de particulares. É o que Marinoni afirma: "O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva confere o direito ao procedimento (técnica processual) realmente capaz de atender aos direitos, seja perante o Estado, seja perante os particulares"[33]. Cabe ao juiz esse papel: "Como o juiz tem o dever de interpretar as regras processuais sempre a partir das necessidades do direito material e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabe a ele encontrar a técnica processual adequada à situação conflitiva concreta"[34]. O "direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentado formas de tutela e de procedimento adequadas às situações de vantagem asseguradas pela norma substancial"[35].

Assim, o direito fundamental ao procedimento adequado, é garantia assegurada pela Carta Magna de 1988. Hoje, após a vigência do atual Código de Processo Civil, com previsão expressa, embora não adotado de uma forma ampla, como se deu em países europeus. No entanto, sob o viés hermenêutico, ciente de que o processo civil deve ser interpretado de acordo com os valores e as normas fundamentais estabelecidas em nossa Carta Magna, o juiz pode, mesmo diante da omissão legislativa acerca da regra geral da adaptabilidade do procedimento promover a flexibilização procedimental, além das hipóteses previstas pelo artigo 139, VI, assim como já poderia fazê-lo durante a vigência do CPC/1973.

Saliente-se que os procedimentos especiais, largamente adotados pelo Código de Processo Civil, são frutos da tentativa de prever, em codificação, "a riqueza das situações de direito material bem como as intensas variações pelas quais passa a sociedade fazem com que os procedimentos especiais não consigam ser criados e adaptados tempestivamente pelo legislador"[36], e é nesse instante, diante do *déficit* procedimental, que o juiz deve flexibilizar o procedimento.

Seguindo esse entendimento, o legislador, a partir do atual diploma processual, foi certeiro em extinguir determinados procedimentos especiais, como a ação de anulação e

[33] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.
[34] Idem, p. 77.
[35] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27.
[36] ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de processo civil:** parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 403.

substituição de títulos ao portador; usucapião de imóveis; ação monitória; entre outros, em razão de que o legislador nunca conseguirá prever e implementar todos os procedimentos especiais em uma sociedade em constante transformação, motivo pelo qual, flexibilizar o procedimento, diante do caso concreto, é a saída para a crise jurídica e a solução certeira para uma tutela jurisdicional prestada com efetividade.

4. A TÉCNICA DA FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

O CPC/2015, atento à forte tendência de promover a adaptabilidade dos procedimentos, optou por adotar a técnica da flexibilização procedimental. As vantagens são enumeradas por Cambi e Neves: "a flexibilização procedimental gera vantagens às partes litigantes e à jurisdição em si, em razão da maior economia, celeridade e eficiência quando se compatibiliza o procedimento adotado às especificidades da causa"[37].

A busca pela efetividade, o respeito à isonomia e a promoção à justiça das decisões são outras vantagens da flexibilização procedimental. A efetividade do processo se verifica, a partir do momento em que o uso de técnicas adequadas à solução do direito material, *in casu*, a flexibilização procedimental, são instauradas no processo, uma vez que "pode funcionar como técnica de abreviação do processo, eliminando atos inúteis e criando seqüência de atos capaz de racionalizar a atuação das partes e do juiz no processo"[38], e é por tal motivo, que Oliveira entende que a adaptabilidade do procedimento deve ser feita o mais cedo possível no processo, a fim de se evitar eventual trâmite burocrático e desnecessário.

O positivismo jurídico não foi capaz, e nem poderia, prever todas as condutas dos indivíduos. Diante da constatação que as relações modernas são complexas e mutáveis, é necessário que a tutela jurisdicional seja adequada aos direitos em si e os meios para protegê-los sejam eficazes. Por outro lado, mister lembrar, como já foi dito, que o processo, é instrumento para a solução dos conflitos, bem como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais, e não um fim em si mesmo.

A principal vantagem da técnica da flexibilização procedimental é permitir que o *iter* procedimental sofra mudanças, excluindo, na análise do caso concreto, a obrigatoriedade de observar estritamente o procedimento previamente estabelecido pelo legislador e, assim,

[37] CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 64, p. 219-259, out./dez. 2015, p. 221.

[38] OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial:** a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

poder ajustar o procedimento inócuo. Assim, nos casos de falta, falha ou inadequação procedimental, ou seja, diante do *déficit* procedimental, a flexibilização é a solução.

As críticas quanto à flexibilização procedimental, por meio da adaptabilidade procedimental, residem no argumento de que a mesma ocasiona o aumento dos poderes do juiz, podendo promover, dessa forma, arbitrariedades e excessos. Outra crítica existente é que a flexibilização do procedimento pode promover a falta de segurança e de previsibilidade do sistema, afrontando diretamente o devido processo legal.

Em que pese o fato de aumentar os poderes do juiz, tendo em vista que o magistrado pode optar por ajustar o procedimento às especificidades da causa, não se pode afirmar que a adaptabilidade procedimental deve ocorrer em todo e qualquer processo. Ela tem caráter subsidiário, como bem afirmou Gajardoni: "Não havendo nuança a justificar a implementação de alguma variação procedimental, o processo deverá necessariamente seguir o rito fixado em lei, mantendo, assim, a previsibilidade e a segurança que se espera do procedimento processual"[39]. No mesmo sentido, Fábio Caldas Araújo esclarece: "O rigor da forma e do procedimento somente deve ser abrandado quando se tornar um obstáculo ao exercício de um direito fundamental"[40].

Deve o magistrado quando optar pela flexibilização procedimental, sem que as partes tenham participado desta decisão, concedê-las a oportunidade de se manifestarem em respeito à garantia do contraditório e da ampla defesa. Saliente-se que não há previsão expressa no diploma processual no tocante ao contraditório durante a adaptabilidade do procedimento. No entanto, de acordo com as normas fundamentais do processo civil, dispostas na Parte Geral do Livro I, Capítulo I, mais precisamente nos dispositivos 9º e 10º, é imprescindível que às partes seja dada oportunidade de se manifestarem quando o juiz proceder à adaptabilidade do procedimento.

Quanto à crítica da previsibilidade e segurança jurídica, um sistema rígido nunca será suficiente para prever, nem por lei genérica, nem por lei especial, todos os procedimentos possíveis para abarcar o dito direito material. Ademais, a adaptabilidade procedimental deve ocorrer no processo para o futuro, ou seja, nunca a alcançar os atos processuais já praticados, observando-se, assim as preclusões já consumadas.

---

[39] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 173-174.

[40] ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de processo civil:** parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 57.

Gajardoni afirma que a rigidez formal "dissipa os fins do processo, que são oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos séculos"[41]. Ademais, pode acontecer "que a forma eleita pelo legislador, quando colocada em prática, não atende (ou poderia mais bem atender) as características do caso concreto"[42].

Portanto, imprescindível que as formas processuais sejam adaptadas às necessidades atuais das partes no processo, eliminando atos que sejam inúteis e desnecessários para o bom andamento do processo. E essa adequação/adaptabilidade deve ocorrer tanto no plano legislativo, por meio do legislador, como no âmbito processual através do magistrado e das partes.

Assim, nenhum argumento que insistir em obedecer ao formalismo excessivo é válido. Há que ser relativizada tal questão, de modo, inclusive, a ressaltar que nem o impulso processual oficial do processo pode servir de desculpas para que o juiz finalize o quanto antes o processo, sem se atentar para o caso concreto, ao direito material trazido a juízo. Portanto, a garantia do impulso oficial deve ser relativizada quando houver necessidade de promover a flexibilização do procedimento para ajustá-lo às necessidades reais do processo, seja por iniciativa do juiz, seja por iniciativa das partes, como bem afirmou Greco[43]. No mesmo sentido, não se pode conceber o "abandono da oralidade como instrumento autoritário de aceleração do processo, mas, ao mesmo tempo, de distanciamento do juiz em relação às partes e ao drama humano que as aflige, de supressão do diálogo participativo e da possibilidade de exercício do direito da parte à sua autodefesa"[44]. A estrita observância ao direito material levado a juízo deve ser o argumento maior para flexibilizar o procedimento deficiente e proporcionar um procedimento adequado às necessidades da causa. O art. 190 do atual diploma processual permite a adoção da flexibilização procedimental, uma vez que as partes poderão alterar o procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como convencionar a respeito dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Vale ressaltar que o princípio da adaptabilidade procedimental tem sua importância também fora do processo civil, operando no âmbito do direito penal, tributário, trabalhista

---

41 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 173.
42 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo das convenções processuais no Processo Civil**. São Paulo: LTr, 2015, p. 23.
43 GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out. 2008.
44 Idem, p. 48.

e, como bem lembrou Gajardoni[45], inclusive fora do âmbito judicial (processo administrativo, processo legislativo e processo arbitral).

Dessa forma, independente se o legislador previu abstratativamente a respeito do procedimento, o juiz poderá, em casos excepcionais, promover a adaptabilidade do procedimento, em prol da eficiência e efetividade da tutela jurisdicional. E as partes, da mesma maneira. Assim, quando o procedimento não serve ou apresenta-se desnecessário para o atendimento do fim pretendido, a flexibilização será a solução, uma vez que "o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem"[46].

5. CONCLUSÃO

É através do procedimento, por intermédio do devido processo legal, que as partes irão participar ativamente do processo. O princípio do contraditório, por sua vez, garante às partes no processo, além do conhecimento acerca da demanda, a efetiva participação delas nos caminhos que o processo trilhará, com a permissão ainda de influírem na formação do convencimento judicial, vedada a proibição de decisões surpresas, tudo devido ao direito fundamental de participar, dentro de um procedimento, e cobrar do Estado uma pretensão que lhe seja necessária.

O formalismo processual, em nenhum momento, pode ser um impedimento ao direito fundamental das partes à percepção de um procedimento que seja devidamente adequado às especificidades da causa.

A técnica da flexibilização procedimental, por meio da adaptabilidade procedimental, é instrumento eficaz e eficiente na prestação da tutela jurisdicional. Promovida pelo juiz e pelas partes, de caráter subsidiário, a flexibilização procedimental garante uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, garantindo, assim, os direitos fundamentais.

6. BIBLIOGRAFIA

[45] GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de Souza. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016.

[46] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo das convenções processuais no Processo Civil**. São Paulo: LTr, 2015.
ARAÚJO, Fábio Caldas. **Curso de processo civil:** parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.
AROCA, Juan Montero. **Introducción al derecho procesal. Jurisdición, acción y proceso**. 2. ed. Madrid: Técnos, 1979.
BALEOTTI, Francisco Emílio. Poderes do juiz na adaptação do procedimento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 389-408, nov. 2012.
BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. **Influência do direito material sobre o processo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 64, p. 219-259, out./dez. 2015.
CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual Civil e Penal**. Campinas: Peritas Editora e Distribuidora Ltda, 2001.
CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.
COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004.
DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**. Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf]. Acesso em: 04.06.17.
DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti de Souza. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. **Revista Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016.
GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 48, n. 190, p. 163-177, abr./jun. 2011.
GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out. 2008.
JELLINEK, Giorgio. **Sistema dei diritti pubblici subbjettivi**. Milano: Societá Editrice Libraria, 1912.
MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
MEDINA. José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
OLIVEIRA, Guilherme Peres de. **Adaptabilidade judicial:** a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013.
SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.
THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência,

de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 168, p. 107-141, fev. 2009.

A ilegalidade do exame toxicológico como meio de punição na execução penal: uma necessária conexão com os direitos humanos

Deilton Ribeiro Brasil[1]

Jesimiel André Pereira[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. **2.** O exame toxicológico à luz da lei de execução penal. **2.1** O exame toxicológico frente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. **2.2** Posição jurisprudencial quanto ao aspecto da adequação e proporcionalidade. **3.** Princípios constitucionais fundamentais frente ao exame toxicológico na lei de execução penal. **4.** Considerações Finais. **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A execução penal tem um caráter ressocializador, após a sentença penal, conforme a individualização da pena que atinge o sujeito, esse cumpre o seu regime tendo como propósito final sua ressocialização social, fato é que não existe no Brasil, pena de caráter perpetuo e nem pena de morte. A lei nº 7.210/84 em seu artigo primeiro ressalta a busca pela harmônica integração social do condenado e do internado.

Objetivando essa harmônica integração social do condenado e do internado, é que o Estado judiciário deve conduzir o seu trajeto na execução penal, considerando obviamente cada caso concreto, pesando de forma razoável e proporcional o risco que aquele individuo apresenta ou não para a sociedade, afim de que não venha obstaculizar a ressocialização daqueles cuja conduta e comportamento se mostram adequado para este fim.

Um obstáculo nessa possível harmonia de integração social e recuperação do preso é o chamado exame toxicológico para fins de garantia do beneficio do trabalho externo, com a finalidade de verificar o comportamento disciplinar do preso quanto ao uso de

[1] Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

[2] Pós-Graduando em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Direito de Pará de Minas (FAPAM). Graduado em Direito pela Universidade Itaúna (UIT). E-mail: jesimielp@yahoo.com.br

entorpecentes e de penalizar em prejuízo do individuo, enquanto na verdade poderia ser usado como suporte para oferecer tratamento alternativo, de recuperação de dependência química, e quando no máximo advertência e orientações visando sempre o caminho da ressocialização do preso.

A fim de obtermos uma melhor compreensão do tema será abordado no primeiro tópico o conceito do exame toxicológico a luz da execução penal considerando sua previsão e finalidade dentro do sistema que tem por principio a ressocialização do indivíduo e analisar com base em posições doutrinaria a aplicação do principio da proporcionalidade e razoabilidade aos casos concretos que tratem de consumidores de entorpecentes cuja conduta comportamental não constitui risco a sociedade não se submetendo a falta grave.

O segundo tópico é baseado especialmente em posições Jurisprudenciais que apontam para a descriminalização do consumo pessoal de entorpecente e o consequente afastamento da falta grave como punição para o dependente químico.

Por último, no terceiro item é destacada a necessidade de se dar concretude aos valores constitucionais do processo penal ao caso concreto no que se refere ao exame toxicológico em relação a pessoa do preso.

Destaca-se ainda que não se tem a pretensão de esgotar o debate sobre o tema, mas apenas incitar uma reflexão a partir de casos concretos que regularmente ocorrem no sistema da lei execução penal, e a importância de debatermos um posicionamento que melhor se coaduna com o principio da ressocialização em contraste com os prejuízos aplicados ao preso por conta da sua dependência química, constatada no instrumento do exame toxicológico.

2. O EXAME TOXICOLÓGICO À LUZ DA LEI EXECUÇÃO PENAL

A lei de execução penal brasileira nº 7.210/84 foi muito feliz ao prever como objetivo da execução penal proporcionar condições para uma harmônica integração social do condenado e do internado além de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal.

Exatamente por este propósito da ressocialização é que os Juízes, Ministério Público, e setores responsáveis pela execução penal devem tratar situações concernentes à saúde a exemplo da dependência química do usuário, constatado por meio de exame toxicológico, ou admitidos por estes em confissão como situações que requer tratamento diferenciado para possibilitar a recuperação do individuo, entretanto o que se vê na pratica e que o usuário por essa dependência é enquadrado conforme prevê a própria lei em falta grave ocasionando sérios prejuízos a sua ressocialização, de fato não deixar de ser uma falta, mas a pergunta é

qual o incentivo, planejamento, tratamento, acompanhamento para que estes indivíduos deixem de ser usuário, sem sofrer os prejuízos de sua dependência diretamente em sua pena e sua ressocialização durante a execução penal?

É certo que no caso concreto deverá haver um estudo da condição do acusado, conforme prevê o artigo quinto da lei de execução penal. Se além de ser usuário se beneficia do regime para traficar e cometer atos ilícitos, nesse caso sim, restará demonstrado um comportamento danoso não só a ele, mas a terceiros, o que dificulta obviamente sua ressocialização requerendo caminhos disciplinares mais rigorosos, tais condutas deverá ser objeto de classificação a ser feita pela Comissão Técnica de Classificação responsável por elaborar o programa individualizado da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, segundo artigo sexto da lei de execução.

A crítica que se faz ao Estado Judiciário e as autoridades responsáveis pela Execução penal no que tange ao dependente químico, que é o próprio usuário é que esse o Estado utiliza o exame toxicológico para punir o usuário por ser usuário, o que não faz sentido, pois o que deve ser punido são os crimes tais como trafico, roubo, furto, etc. O artigo 10 da lei de execução penal observa ser dever do Estado em dar assistência ao preso objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

No que se refere ao usuário, ser tratado como usuário e não como faltoso digno de pena, bem expressa Lima (2016, p. 77-78):

> Pelo menos em regra, se o indivíduo é flagrado usando substância entorpecente, deverá responder pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por conta do "uso da droga", que é uma conduta atípica, mas sim porque é muito provável que, antes do uso, já tenha praticado uma das condutas incriminadas pelo artigo 28, como por exemplo, o adquirir ou trazer consigo. Nesse caso a fim de se comprovar a materialidade delitiva por meio do exame toxicológico, é imprescindível que parte da substância entorpecente seja apreendida.
>
> No entanto, o uso de drogas nem sempre será precedido das condutas de adquirir ou trazer consigo. Com efeito, é perfeitamente possível que determinado indivíduo, sem ter consciência de que uma pessoa de seu relacionamento havia adquirido determinada substância entorpecente, trazendo-a consigo, resolva simplesmente

> anuir ao uso da droga. Nesse caso, como o uso da droga não consta do artigo 28 como uma das condutas típicas, o ideal é concluir pela atipicidade do fato, até mesmo porque o perigo à saúde pública consubstanciada pelo fato de o agente trazer a droga consigo teria desaparecido com o consumo da substância entorpecente. De mais a mais, fosse o uso da droga considerado crime, não haveria necessidade de tipificação autônoma da conduta daquele que auxilia, instiga ou determina alguém a usar a droga (artigo 33, § 2°), pois a norma de extensão do artigo 29 do Código Penal seria suficiente para abranger o concurso de agentes para esse suposto 'uso de droga.'

Não se alcança o objetivo da ressocialização tratando aqueles que se enquadram na condição de usuário em gozo do beneficio do trabalho externo, como criminoso, e piorando sua situação no caminho da reinserção social, a estes devem ser dadas oportunidade de tratamento, de orientação e conscientização para superarem seus vícios e se restabelecerem como cidadãos, consoante prevê o próprio artigo quatorze da assistência a Saúde prevista na lei de execução. Para isto é preciso dar uma interpretação diferente a esta situação utilizando os instrumentos da proporcionalidade e razoabilidade que a própria jurisprudência já vem utilizando para se posicionar em cada caso concreto conforme veremos adiante

Desta forma a proposta é olhar para o usuário e dependente que foi pego no exame toxicológico ou que espontaneamente confessa sua condição de usuário, como alguém digno de tratamento e acompanhamento sem perder o seu regime e progressão da pena, e não como individuo que cometeu falta grave, pois grave é a doença da dependência que precisa ter uma resposta do Estado no que se refere a prevenção e tratamento no âmbito da execução penal.

Por esta razão diante de tantos julgados regredindo regime, aplicando a perda do beneficio em função especificamente do uso de entorpecente é que esse artigo entende ser necessário e urgente uma avalição no caso concreto com base no principio da proporcionalidade e razoabilidade, que são temas do nosso próximo capitulo.

2.1 O exame toxicológico frente aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A situação que ora se apresenta perpassa por todos os sistemas de execução penal do país, no que diz respeito ao exame toxicológico do preso para a constatação do uso de entorpecente com a finalidade de ser usado em prejuízo do individuo, demonstra uma incongruência, social e judicial, razão porque tal situação deve ser submetida ao crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, que são aplicadas exatamente quando algum direito fundamental está sendo restringido pelo Estado.

A fim de clarificar o entendimento em relação à proporcionalidade e a razoabilidade, torna se relevante o conhecimento histórico da sua evolução e importância como instrumento para sopesar e impedir a restrição de direitos fundamentais. Quanto a sua origem segundo Vicente Paulo (2015, p. 188) comenta que:

> O desenvolvimento da ideia de proporcionalidade deu-se com sua reiterada utilização pelo Tribunal Constitucional da A Alemanha, n o período do segundo pós-guerra, que passou a adotar como fundamento de suas decisões expressões do tipo "excessivo", "inadequado", "necessariamente exigível". para depois reconhecê-lo como princípio constitucional, sob a denominação de princípio da proporcionalidade ou de proibição de excesso. Com base nesse princípio, o Tribunal Constitucional alemão passou a controlar o excesso de poder, ampliando seu espectro para além do controle legislativo, abrangendo inclusive os atos executivos e judiciais. Sua adoção pelo Direito germânico como princípio inscrito no plano constitucional irradiou-se para vários países da Europa, integrando os seus sistemas constitucionais, seja como norma expressa ou implícita.

O princípio da proporcionalidade e razoabilidade tem se revelado como importante instrumento na aferição de decisões que limitam ou restringem direitos fundamentais, no que tange o tema deste artigo quanto ao uso do exame toxicológico para restringir e obstaculizar o processo de ressocialização do individuo diante do uso de entorpecente como usuário, verifica-se que a melhor medida seria uma solução que trabalhasse o tratamento deste individuo ao contrário de prejudicar o caminho da sua ressocialização. Quanto à utilização

deste instrumento para aferir a legitimidade de restrições a direitos compartilha-se o entendimento de Costa (2009, p. 11), que afirma:

> A proporcionalidade é frequentemente utilizada como forma de aferir a legitimidade de restrições a direitos, ou seja, um limite à atuação estatal, que deve ser também proporcional, no sentido de obrigar ao ente estatal, quando da sua atuação, escolher os meios adequados e necessários à consecução de determinado fim de modo a menos restringir direitos fundamentais. Portanto, a atuação estatal limitadora de direitos fundamentais deve observar não apenas a previsão e admissibilidade constitucional, mas também a proporcionalidade das restrições estabelecidas.
>
> O teste de razoabilidade implica em rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis podendo ser resumida da seguinte forma: se uma decisão é, de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir. Diante de uma colisão entre direitos fundamentais, muito embora seja indispensável, nem sempre a interpretação constitucional é suficiente. A proporcionalidade se apresenta como um método de solução de conflitos entre direitos ou bens jurídicos que consiste em determinar uma decisão de preferência entre eles. Busca evitar que decisões restritivas de direitos fundamentais tomem dimensões desproporcionais.

Obviamente que a conduta do agente como usuário, dependente químico deve atender ao critério como adequação, ou seja, é possível adequar a situação para que não haja prejuízo desproporcional ao individuo? Ainda quanto a necessidade, cabe responder: vai permitir que algum direito que estava sendo restringido deixe de ser? O objetivo é mostrar que ao submeter os casos concretos ao crivo da razoabilidade e proporcionalidade fica demonstrado um grave prejuízo aos indivíduos que cumprem a execução penal, pois são condenados por serem usuários ou dependentes tendo seus benefícios violados, assim a análise de adequação, necessidade e proporcionalidade são necessárias para a verificação de cada caso concreto, quanto ao sentido desses três elementos presentes no principio da proporcionalidade assim se manifesta a doutrina de Vicente Paulo (2015, p. 188):

A doutrina reconhece que o princípio da proporcional idade é constituído de três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade e m sentido estrito. O subprincípio da adequação também denominado da idoneidade ou pertinência, significa que qualquer medida que o Poder Público adote deve ser adequada à consecução da finalidade objetivada, ou seja, a adoção de um meio deve ter possibilidade de resultar no fim que se pretende obter; o meio escolhido há de ser apto a atingir o objetivo pretendido. Se, com a utilização de determinado meio, não for possível alcançar a finalidade desejada, impende concluir que o meio é inadequado ou impertinente.

O pressuposto da necessidade ou exigibilidade significa que a adoção de uma medida restritiva de direito só é válida se ela for indispensável para a manutenção do próprio ou de outro direito, e somente se não puder ser substituída por outra providência também eficaz, porém menos gravosa. Em outras palavras, só será válida a restrição de direito se não for possível adotar outra medida menos restritiva que seja capaz de atingir o mesmo objetivo, de alcançar o mesmo resultado.

Como terceiro subprincípio, o juízo de proporcionalidade em sentido estrito somente é exercido depois de verificada a adequação e necessidade da medida restritiva de direito. Confirmada a configuração dos dois primeiros elementos, cabe averiguar se os resultados positivos obtidos superam as desvantagens decorrentes da restrição a um ou a outro direito. Como a medida restritiva de direito contrapõe o princípio que se tenciona promover e o direito que está sendo restringido, a proporcionalidade em sentido estrito traduz a exigência de que haja um equilíbrio, uma relação ponderada entre o grau de restrição e o grau de realização do princípio contraposto.

Ao sopesar cada caso concreto considerando os princípios até aqui apresentados veremos que é possível ter muito mais ganhos na ressocialização de muitos indivíduos, do que aplicando a legislação de forma generalizada, senão vejamos:

> Cada restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção. Tais regras – necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) são denominadas subprincípios do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação implica no equilíbrio entre valores e bens constitucionais. Havendo proporção, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da sociedade, estabelecendo um balanceamento entre os direitos fundamentais. Segundo ALEXY, necessidade, adequação e proporcionalidade são "parcelas" do princípio da proporcionalidade, onde necessidade implica dizer se um princípio tem mais ou menos peso em certa situação conforme as circunstâncias da situação tornem o valor que ele tutela ou promove mais ou menos necessário; adequação significa dizer que um princípio deve ser aplicado a uma situação quando é adequado para ela; e proporcionalidade em sentido estrito, onde "os ganhos devem superar as perdas" (COSTA, 2009, p. 14).

Quanto ao princípio da adequação no aspecto social é oportuna à reflexão feita por Nucci (2016) onde aborda sobre a evolução dos pensamentos e do costume, neste ele demonstra que uma conduta, que não é moralmente aceita, não implica em ilegalidade digno de pena, portanto a postura de um reeducando no uso de entorpecente para consumo pessoal, não o faz digno do prejuízo da pena, agora mais ainda ao considerarmos sua despenalização pela jurisprudência, tendência apontada pelo Supremo Tribunal Federal, como por exemplo, no *habeas corpus* nº 143.798-SP, impetrado pela Defensoria Pública da União, onde o Ministro Luiz Barroso concede *habeas corpus* a um homem preso por importar 14 sementes de maconha e no o debate sobre a descriminalização de pequenas quantidades de entorpecentes feita no RE nº 635.659, que tem repercussão geral com esta postura fica claro que o Estado juiz, deveria oferecer oportunidade e alternativas de superação do vicio pelo individuo, e não afundá-lo mais ainda no poço de lama, nesse aspecto esta à ressalva de Nucci (2016, p. 211):

> Com relação à adequação social, pode-se sustentar que uma conduta aceita e aprovada consensualmente pela sociedade, ainda

> que não seja causa de justificação, pode ser considerada não lesiva ao bem jurídico tutelado. É o caso da colocação do brinco, algo tradicionalmente aceito, como meta de embelezamento, embora se possa cuidar de lesão à integridade física.
>
> Parece-nos que a adequação social é, sem dúvida, motivo para exclusão da tipicidade, justamente porque a conduta consensualmente aceita pela sociedade não se ajusta ao modelo legal incriminador, tendo em vista que este possui, como finalidade precípua, proibir condutas que firam bens jurídicos tutelados. Ora, se determinada conduta é acolhida como socialmente adequada deixa de ser considerada lesiva a qualquer bem jurídico, tornando-se um indiferente penal.
>
> A evolução do pensamento e dos costumes, no entanto, é o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade. Atualmente, não mais se considera lesão corporal a utilização de tatuagem, por exemplo. Houve tempo, entretanto, que referida prática chocava a sociedade. Confira-se na lição de Moniz de Aragão: "O uso de tatuagem ('cicatrizes ideográficas, como define Lacassagne, coradas pela introdução de partículas corantes nas malhas do tecido subepidérmico'), d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

Os critérios de proporcionalidade e razoabilidade visando conter excessos que restringem direitos fundamentais se mostram relevantes para sopesar no caso concreto o objeto do presente artigo uma conduta considerada desprovida de pena como se demonstrará adiante, não pode obstaculizar o processo de ressocialização de um indivíduo, principio maior que deve prevalecer quando o equilíbrio da situação favorecer.

Assim, é pertinente mencionar que se trata de conduta que goza da aplicação da despenalização, conforme jurisprudências e doutrinas adiante invocadas, que apontam em suas decisões a não imputação de pena pelo consumo pessoal de entorpecente, razão pela qual caminha na contramão da ressocialização, a consideração de falta grave, pelo magistrado

imputando ao preso à retirada de benefícios, tendo como suporte uma conduta desprovida de pena, daí a importância em nome do equilíbrio os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Vê-se que a doutrina coaduna com o pensamento de grande parte da jurisprudência no sentido de que a razoabilidade e a proporcionalidade são critério importante para proteção aos direitos fundamentais que são restringidos por excesso judiciais.

2.2 Posição jurisprudencial quanto ao aspecto da adequação e proporcionalidade

Em muitos casos a jurisprudência vem decidindo no sentido de que a conduta do individuo quanto ao uso de entorpecente, em vista de sua despenalização, e não constituindo ofensa a bem jurídico alheio, não pode o poder judiciário extrapolando o âmbito individual, criminalizar o consumo, e em consequência usar como disciplina em prejuízo do individuo que cumpre a execução penal, é o que aponta, por exemplo, a apelação criminal ACR 70055582654 RS (Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça RS, Relator: Júlio Cesar Finger, julgado em 11/11/2013).

> TJ-RS - Apelação Crime ACR 70055582654 RS (TJ-RS) Data de publicação: 11/11/2013. Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA EM PRIMEIRO GRAU. PROVA. CÂMARA INCOMPETENTE. 1. A conduta do réu foi desclassificada para crime de menor potencial ofensivo, tendo sido determinada a remessa dos autos ao JECRIM. Em recurso, alega que a plantação de insignificante quantidade de pés da planta de maconha não gera qualquer perigo a saúde pública. Sustenta que a condenação afronta o princípio da lesividade. 2. Com a desclassificação, a Câmara é incompetente para o julgamento do recurso exclusivo da defesa, devendo ser remetida a análise aos Juizados Especiais Criminais. COMPETÊNCIA DECLINADA. (Apelação Crime Nº 70055582654, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 30/10/2013). TJ-RS - Habeas Corpus HC 70049420144 RS (TJ-RS). Data de publicação:

> 30/08/2012. **Ementa:** HABEAS CORPUS. ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Ainda que presentes indícios de autoria e materialidade, não se verifica, no presente caso, ofensa à ordem pública com a liberdade do paciente, especialmente diante da insignificante quantidade de droga apreendida, ainda que concorde se trate de acusação por crime de especial gravidade e equiparado a hediondo. A disposição legal de vedação à liberdade provisória em crimes dessa natureza vem sendo temperada pelos Tribunais brasileiros, notadamente diante de circunstâncias específicas, reunidas no presente caso. Liberdade [...].

Especificamente no caso da maconha, o Ministro Luís Barroso, defende que não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima. É o que aponta em seu voto:

> Recurso Extraordinário 635.659. O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. : RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

O que se infere de tal posicionamento que muito bem se associa ao instituto da ressocialização, é que tal conduta embora tipificada como crime, não pode ser fator que dificulte e impossibilite a ressocialização do indivíduo, sendo este o objetivo maior do Estado em relação ao apenado, por esta razão utilizar uma conduta despenalizada, pela corte maior,

a fim de apenar o indivíduo, retirando deste o benefício do trabalho externo, e que embora o deslize de sua conduta, empenha-se por trilhar o caminho da recuperação, é privilegiar o abismo que há entre a medida aplicada e sua eficácia, no que tange a reintegração social do indivíduo, quando os tribunais no máximo apontam apenas o caminho da advertência, ou prestação de serviços sociais a comunidade. É o que se pode desprender do posicionamento do Supremo Tribunal Federal do RE 430105/QO/RJ, de que foi relator o Min. Sepúlveda Pertence:

> A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no artigo 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que *a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova*, tendo *ocorrido, isto sim, uma despenalização*, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105-9 – RIO DE JANEIRO. RELATOR MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE.

A harmonização pretendida com a proporcionalidade e a razoabilidade ao constatar o uso de entorpecentes pelo individuo no gozo do trabalho externo, permite considerar outras medidas tais como advertências, somada ao tratamento obrigatório para recuperação do individuo, mas nunca uma pena desproporcional a conduta praticada, neste sentido ressaltamos o voto do Ministro Barroso, a respeito da descriminalização da maconha e o princípio da proporcionalidade.

> Recurso Extraordinário 635.659. Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito – , quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão,

> para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo.
>
> Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.
>
> Pelos mesmos fundamentos, declaro a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do caput, "quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica". Aqui, à falta de um critério específico para delimitar o que seja pequena quantidade para consumo pessoal, utilizo o parâmetro adotado no Uruguai, que é de 6 (seis) plantas fêmeas. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A indagação que se faz é a seguinte: será que utilizar o meio mais gravoso, numa conduta desprovida de pena, robustece a finalidade que é a ressocialização do indivíduo, que minimamente demonstra tais condições? A doutrina se manifesta em sentido contrário a esse meio mais gravoso como forma de punição ao usuário pelo consumo de entorpecente, enfatizando a necessidade dentro da estrutura típica da proporcionalidade com o fim de adotar o meio menos gravoso para atingir o fim da execução penal.

Com o intuito de invocar essa harmonização entre a proporcionalidade, e a adequação ao caso concreto, com o finco de privilegiar, o indivíduo cuja conduta não constitui ofensa à coisa alheia, citamos o seguinte acordão onde o relator entende não haver configuração de falta grave no artigo 28 da lei nº 11.343/2006, e assim expressa:

> Registra-se que a Lei de Execução Penal tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, de modo que se torna plausível abrandar o rigorismo quando da imposição de sanções em virtude do cometimento de determinadas condutas que, apesar de reprováveis, como no caso em tela, não constituem falta grave hábil a ensejar a regressão de regime. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000404-7/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON SILVA DE SOUZA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cumpre observa que além da fundamentação que visa harmonizar a conduta ilícita do acusado que não ofende bem alheio de terceiro, e que se encontra embora tipificada como ilícita sem penalização por reconhecer que o consumo pessoa não é passível de pena, encontra se também a posição jurisprudencial que entende ilegal a aplicação da pena da falta grave nestes casos, como segue abaixo:

> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - RÉU QUE SE ENCONTRA EM REGIME SEMIABERTO E RETORNA À APAC COM INDÍCIOS DE COCAÍNA NA URINA - CONDUTA NÃO TIPIFICADA NO ARTIGO 50 DA LEP - VERBO NÃO ABARCADO PELO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 - AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL - FALTA GRAVE NÃO CONFIGURADA - NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO PRIMEVA, PARA AFASTAR A FALTA GRAVE - REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL E PERDA DOS DIAS REMIDOS - IMPOSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - RECURSO PROVIDO.
>
> O artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não tipifica a conduta de "usar" ou "consumir" drogas, portanto, diante da vedação de interpretação extensiva e de analogia in malam partem, não há que se falar em existência de crime, muito menos em prática de crime

> doloso que, nos termos do artigo 52 da LEP, configuraria falta grave. - É imperioso reconhecer, ainda, que a conduta do agravado de retornar à APAC com vestígios de entorpecentes no organismo também não se encontra tipificada como falta grave no artigo 50 da LEP. Registra-se que a Lei de Execução Penal tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, de modo que se torna plausível abrandar o rigorismo quando da imposição de sanções em virtude do cometimento de determinadas condutas que, apesar de reprováveis, como no caso em tela, não constituem falta grave hábil a ensejar a regressão de regime. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000404-7/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON SILVA DE SOUZA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Seguindo essa mesma linha de pensamento da desclassificação da falta grave segue o acórdão da 5ª Câmara Criminal:

> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - USO DE DROGA - CONDUTA ATÍPICA - VERBO NÃO ABARCADO PELO TIPO PENAL DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE - SAÍDA TEMPORÁRIA - NÃO RETORNO NO PRAZO ESTABELECIDO - FALTA GRAVE CONSISTENTE NA FUGA CARACTERIZADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DE OFÍCIO: DECOTADA A PERDA DOS DIAS REMIDOS. 1- Não estando a conduta de "usar droga" prevista no tipo penal descrito no artigo 28 da Lei 11.343/06, não há que se falar em prática de fato definido como crime doloso pelo agravado, tampouco em reconhecimento de falta grave. 2- Comprovado que o apenado foragiu, resta caracterizada a falta grave prevista no artigo 50, inciso II, da LEP. 3- A ausência de fundamentação da

> fração aplicada, por contrariar diretamente dispositivo constitucional (artigo 93, inciso IX, da CR/88), sendo impossível o suprimento de fundamentação nesta instância, acarreta o decote da redução dos dias remidos, já que inexiste fração mínima aplicável prevista no artigo 127 da LEP. V.V. 1- Para o reconhecimento da falta grave consistente no uso de drogas durante o cumprimento de pena, prescindível a confecção do referido laudo toxicológico, bastando a existência de elementos suficientes acerca da transgressão disciplinar. 2- Comprovado nos autos que o reeducando fez uso de substância entorpecente e de bebida alcoólica durante o período da saída temporária, imperiosa a confirmação da falta grave reconhecida, consoante disposto no artigo 52 da LEP. 3- O réu, ao praticar falta grave, pode ter reiniciada a contagem do prazo para futuros benefícios, com exceção do livramento condicional, bem como a perda dos dias remidos, no importe de 1/3 (um terço), se justificada a adoção deste quantum. 4- Sendo o recorrente pobre no sentido legal, estando, inclusive, assistido pela operosa Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, deve ser dispensado das custas processuais, ex vi do citado artigo 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03.
>
> AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0525.11.000365-0/001 - COMARCA DE POUSO ALEGRE - AGRAVANTE (S): ALLYSON CAMILO MONROE E SILVA - AGRAVADO (A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.
>
> A C Ó R D Ã O . Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O DES. RELATOR.

É possível desprender das jurisprudências apresentadas quanto ao uso de entorpecente constatado no exame toxicológico, que embora sendo conduta ilícita, e

considerando a ausência de periculosidade do individuo, que não expõe perigo e nem causa com este comportamento dano a bem alheio, é possível amparado pelo principio da proporcionalidade e harmonização privilegiar outro principio fundamental do Estado qual seja a ressocialização, parte da jurisprudência considera nesta circunstancia o afastamento da aplicação da falta grave. O voto acima se coaduna com o posicionamento jurisprudência do Min. Luís Barroso em seu voto que sintetiza:

> Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (I) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (II) a caracterização das condutas previstas no artigo 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À

> AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Nota-se, portanto, o posicionamento jurisprudencial que corrobora com o pensamento de que o consumo pessoal de entorpecente, ainda que imoral socialmente, é livre de penalização, e uma vez reconhecida à dependência química o que deve se buscar são os meios de tratamento corretos para auxiliar o usuário, portanto tal conduta não pode na execução penal ser usado arbitrariamente pelos juízes em prejuízo dos indivíduos que cumprem suas penas, tais situações vai na contramão da ressocialização e dos princípios constitucionais do processo penal constitucional.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS FRENTE AO EXAME TOXICOLÓGICO NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Neste tópico são colocados os valores constitucionais do processo penal a serem destacados em relação ao caso concreto, no que tange ao exame toxicológico para o preso. Além dos aspectos que destacam a proporcionalidade, a jurisprudência e a doutrina, cabe considerar aspectos que permitindo a situação fática devem ser preservados como, por exemplo, a privacidade do indivíduo.

Reconhecido que o crime praticado não constitui lesão ou ofensa a terceiro, é notável a violação da sua privacidade quando obrigado a se submeter ao exame toxicológico e sofrer desproporcionalmente os efeitos da pena, nos termos do Artigo 5º, inciso X da Constituição Federal é inviolável a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O texto constitucional é importante, pois o cidadão preso, não perde a sua individualidade pelo fato de cumprir uma pena, salvo se a particularidade da pena assim o requerer, do contrário muito menos deverá perdê-la, diante da não gravidade da situação é neste sentido que citamos o trecho do voto do Ministro Luís Barroso:

> Recurso Extraordinário 635.659. A intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo artigo 5º, X da Constituição. O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas

> que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.
>
> O indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso. Note-se bem: o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra educar e advertir a população. Mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas existenciais. RE 635.659: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Se o crime praticado não constitui lesão ou ofensa à terceiro, e ainda tem na sua natureza a despenalização, o juiz não pode apenas amparado pelo seu conceito de moralidade ou sob o argumento de castigo por se tratar de preso impor pena invadindo nessas circunstancia sua privacidade apenas para constatar que ele é um usuário de entorpecente e que, portanto merece ser punido e prejudicado na execução penal, no caminho da sua ressocialização.

A privacidade diz respeito à intimidade daquele individuo, e não cabe neste âmbito juízo de valores religioso ou morais, pois aquilo que é imoral para um pode não ser para outro, para alguns o cigarro, o adultério, a bebida, entre outras coisas pode ser imoral, mas se conformam apesar de contra por se tratar de uma situação socialmente aceita, obviamente ninguém é obrigado a ter sua privacidade violada por questões de moralidade ou religiosas, o mesmo pensamento se aplica aos usuários de entorpecentes, que na sua dependência usam

para aplacar a sua abstinência ou satisfazer o vicio. Neste contexto se encontram muitos presidiários, cuja situação deveria ser tratada como uma questão de saúde publica, de tratamento de orientação e não desrespeitando a proporcionalidade para trazer sobre estes um prejuízo por conta de uma conduta associada a um vicio. Nesse sentido destaca-se a colocação de Pinho (2011, p. 133):

> O direito à privacidade, dentro da sistemática estabelecida pela Constituição, trata de uma denominação genérica, que compreende a tutela da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Em razão dos avanços tecnológicos, com a possibilidade crescente de intromissão na vida íntima das pessoas, é indispensável assegurar-se, entre os direitos individuais, o respeito à privacidade de cada ser humano.

Se o Estado no curso da execução penal, realmente se preocupa com a ressocialização do individuo, deve começar então por respeitá-lo como ser humano e conceder aqueles cuja conduta se demonstra favorável o respeito a sua privacidade e considerando sua dependência química se for o caso apontar um tratamento alternativo como instrumento de ressocialização, o que alcançaria outro princípio fundamental do respeito a dignidade da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode notar em relação ao consumo de entorpecentes a jurisprudência tem se inclinado no sentido de perceber esses indivíduos como usuários separando os dos verdadeiros traficantes, com esta postura embora a conduta seja ilícita, os tribunais defendem que não há penalização.

Algo semelhante ocorre com as drogas lícitas, que em determinado momento foram consideradas imorais e até mesmo ilícitas, como o álcool, o cigarro, nesses casos o Estado se posicionou no sentido de respeitar a privacidade e a individualidade de cada indivíduo, que

no seu mundo particular sem ofender e nem lesar bens de terceiros realizam seu consumo pessoal.

É o que se pode dizer também das drogas, embora danosas, e destrutivas como o é também o álcool ou cigarro, o que aponta para a necessidade não de restrição da liberdade, mas de tratamento para recuperação daqueles que reconhecem o seu vicio.

A presente investigação se coaduna com o propósito prisional, qual seja ressocializar o preso, na busca de reinserção social, neste caminho, está obviamente o respeito a privacidade e a dignidade da pessoa humana, esta ultima reafirmada no valor do trabalho para ressocialização do indivíduo, retirar do preso esse direito sagrado, em detrimento de uma conduta tipicamente ínfima que no dia-a-dia, não se aplica inclusive a prisão, é reduzir a dignidade a um valor que o Estado democrático de direito não reconhece.

Desta forma cabe ao Estado, à responsabilidade de pavimentar o caminho do preso na busca pela ressocialização, tratando o com a dignidade que a própria constituição prima, devendo, portanto sopesar sempre que a situação fática permitir e a norma assim o privilegiar os aspectos que corroboram para sua reinserção, é o caso que se apresenta onde retirar o benefício do trabalho externo importante fator de ressocialização, muito mais benéfico inclusive para o Estado, não se mostra a melhor forma de reeducar o indivíduo, neste norte se o contexto é favorável, vale a pena em nome de uma vida que se recupera, em nome de uma melhor sociedade, proteger a dignidade deste preso, que em breve poderá se tornar um novo cidadão.

5. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Recurso Digital**. Lei de execução penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Brasília, Coordenação de Publicações, 2008. 121 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Digital. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Atualizada até a EC n. 97/2017. Brasília: Secretaria de Documentação, 2017, 518 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ***Habeas Corpus*** **nº 143.798-SP**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 430105/QO/RJ**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566> Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação criminal ACR 70055582654 RS**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188304223/apelacao-crime-acr-70064024862-rs/inteiro-teor-188304267>. Acesso em: 12 jun. 2018.

COSTA, Roberta Pereira Negrão. **Proporcionalidad**e: Uma clarificação do conceito. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437974>. Acesso em: 24 jul. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAULO, Vicente. **Direito constitucional.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A efetividade dos Direitos Sociais e o Custo Econômico dos Direitos

Alex Maia Duarte Filho[1]

Sumário: 1. Introdução. **2.** Direitos Sociais: conceito, características e eficácia. **3.** Custo Econômico dos Direitos Sociais. **4.** Conclusão.

1. Introdução.

Os direitos fundamentais sociais exigem do Estado, em especial no atual cenário brasileiro não apenas o reconhecimento normativo, como também a formulação de políticas públicas concretas para concretização de prestações sociais para construção de uma sociedade mais justa.

Há também uma consciência que todo direito possui um custo financeiro na sua implementação, seja através de políticas públicas e prestações sociais, seja na garantia do aparelhamento estatal para a defesa das liberdades públicas. É certo ainda que os custos da atuação estatal são financiados na atuação arrecadadora de tributos pelo Estado, cabendo, assim, à sociedade o financiamento da implementação dos direitos.

Portanto, os recursos financeiros para financiamento dos direitos possuem um limite na própria garantia de que o Estado não avançará sobre todos os recursos econômicos da sociedade, havendo também limites à implementação dos direitos.

Dessa forma, o administrador deve gerir os recursos públicos disponíveis a ponto de alocá-los de forma a garantir que esses sejam eficientemente empregados e que atenda aos anseios da população da melhor maneira possível. O presente artigo procura discutir as limitações financeiras na implementação dos direitos sociais, em especial, com a discussão da reserva do possível, o mínimo existencial e a teoria dos custos dos direitos.

2. Direitos Sociais: conceito, características e eficácia.

Os direitos sociais, cujas marcas distintivas se encontram na isonomia material e na

[1] Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Unipê – Centro Universitário de João Pessoa; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera; Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; Procurador do Município de João Pessoa; Advogado.

noção de solidariedade, foram positivados pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a Carta Federal de 1934, ainda que espalhados pelo texto em diversos capítulos referentes à ordem econômica e social.

Evidencia-se a transição do Estado Liberal para o Estado Social com a inclusão, no rol de direitos fundamentais, dos direitos sociais, que, além de limitar o exercício do poder estatal, instituem-se obrigações positivas para o Estado como resultado do surgimento de um novo conjunto de valores e finalidades.[2]

Os direitos sociais são conquistas das reivindicações da sociedade em face da concentração do capital e dos efeitos do mercado sobre a dignidade das pessoas, evoluindo de acordo com as necessidades humanas, *"sendo vertentes de aspiração democrática e pela luta de direitos humanos centrados na liberdade do homem"*[3]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho define os direitos sociais como sendo *"direitos a prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento das condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos. Costumam ser apontados como a segunda geração dos direitos fundamentais"*[4]

Ainda, ressaltando a obrigação positiva dos direitos sociais para o aparato estatal, Paulo Gilberto Leivas destaca os direitos sociais como:

> (…) direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força da disposição constitucional.[5]

Os direitos sociais exigem que o Estado atue através de políticas públicas com vistas

---

[2] SARLET (2012, p. 45) alerta para a impropriedade do termo "geração" diante da relação de complementaridade existente na inclusão de novos direitos fundamentais. Para ele, "dimensão" é o termo mais adequado para representar o processo cumulativo de reconhecimento progressivo dos aludidos direitos.

[3] MENEZES, Vitor Hugo Mota de. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 55.

[4] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312.

[5] LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresh da (Org.), **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos.** Porto Alegre: Themis, 1998.

a garantir uma realização material mínima na sociedade[6], dando dignidade às pessoas que não possuem condições de manter algumas parcelas sociais para uma vida saudável. São, portanto, instrumentos de uma democracia materialmente isonômica e fatores do desenvolvimento sociopolítico.

Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos ressalta que *"os direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real"*[7].

O Português Jorge Reis Novais, como esforço para chegar à definição destes direitos, faz uma delimitação inicial do *corpus* dos direitos sociais, independente de qualquer positivação constitucional em um dado Estado, considerando como integrante necessários desta categoria os seguintes elementos: um direito ao mínimo vital ou existencial (ou direito a um mínimo para uma existência condigna); um direito à saúde (ou à proteção da saúde); um direito à habitação (ou uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social; u m direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação).[8]

Ressalta ainda que esses bens possuem duas características decisivas: i) o respectivo objeto de proteção respeita ao acesso individual a bens de natureza econômica, social e cultural absolutamente indispensáveis à vida digna; ii) possuem a particularidade de se tratarem de bens escassos, custosos e que necessitam de recursos financeiros próprios ou do Estado para que se realizem em prestações.

Portanto, tratando-se de bens indispensáveis ao bem-estar e à vida digna, os direitos sociais impõem ao Estado o dever de respeitar a proteger o acesso a bens essenciais, quando os particulares podem acessar pelos seus próprios meios, mas, também, a obrigação de realizar prestações fáticas destinadas a promover o acesso pelos desfavorecidos das condições financeiras para o alcançar.

Cabe assim, ao Poder Público, o dever de respeitar, proteger e realizar as prestações, objetos dos direitos sociais, com vistas à realização de uma vida digna por todos. Deste norte, a Constituição Federal de 1988 remodelou a noção de direitos sociais no Brasil, sendo a primeira a dar a estes direitos o significado de um direito humano fundamental, com a

---

[6] *Tradicionalmente, os direitos econômicos, sociais e culturais, abreviadamente os 'direitos fundamentais sociais', eram vistos como 'direitos a prestações', isto é, direitos que em vez de exigirem ou postularem uma abstenção por parte do Estado, requeriam, ao invés, uma 'acção positiva', um facere, que se traduzia na prestação de algum 'bem' ou 'serviço'".* (QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos Direitos Sociais Prestacionais:** a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição brasileira. Curitiba: Juruá, 2011 p. 182)

[7] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, p. 673

[8] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais:** Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010. p. 41.

inclusão no catálogo de direitos fundamentais (Título II) e não apenas no capítulo da ordem econômica e social.[9]

Com efeito, o Art. 6º da Carta de 1988 elenca os direitos sociais, destacando-se: a saúde, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a previdência social, a assistência aos desamparados, dentre outros.

No entanto, o extenso elenco, com assuntos tão dispares, não passou ao largo da crítica de diversos doutrinadores, conforme José Afonso da Silva assevera:

> (…) o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam por sua natureza. Jogaram aqui algumas matérias que não têm conteúdo típico da ordem social. Ciência e tecnologia só entram no conceito de ordem social, tomando essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no seu sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa a matéria relativa aos índios em seu conceito.[10]

A despeito da crítica da extensão do catálogo dos direitos sociais, é possível dizer que o legislador constituinte deu a estes o cárter de verdadeira norma fundamental, elencando-os no ápice do decorrendo jurídico, ou seja, no elenco de normas valores estritamente ligados à dignidade do ser humano. São direitos vinculados à dignidade do homem, sendo cláusulas de isonomia material e solidariedade.[11]

Em verdade, vê-se na dignidade humana a finalidade última (e primeira) dos direitos sociais. Os direitos fundamentais sociais explanam a forma que a sociedade brasileira deve ser construída, servindo de parâmetro para todas as escolhas a serem feitas pelos poderes constituídos.

A dignidade humana é fundamento axiológico presente, em maior ou menor

---

[9] Muito embora os direitos sociais já aparecerem em todas as Constituições posteriores a 1934, os direitos econômicos, sociais e culturais encontravam-se pulverizados nos títulos da ordem econômica e social. Flávia Piosaevan ressalta, por isso, que a Constituição de 1988 marca uma reinvenção do marco jurídico-normativo de proteção dos direitos fundamentais. (PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas.** São Paulo: RT, 1995.)

[10]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26º Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 828.

[11] *Além de não comportarem – simetricamente comparados com os direitos, liberdades e garantias, que contêm dimensões instrumentais de prestação – dimensões garantísticas negativas e de participação, os direitos sociais fundamentais dispõem, como vimos, de um conteúdo nuclear, ao qual se há de reconhecer uma especial força jurídica, pela sua referência imediata à ideia de dignidade da pessoa humana, fundamento de todo o catálogo dos direitos fundamentais. (*ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009)

dimensão, em todos os direitos fundamentais, sendo um super valor ou um princípio estruturador do próprio sistema de direitos fundamentais, sendo medida para a própria caracterização do conceito de direito fundamental do homem.[12]

Jorge Miranda ressalta que as constituições do pós Segunda Guerra trazem uma *"uniformidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, sob a noção de que o homem é o fundamento e o fim da sociedade e do Estado"*. Assim, tanto os direitos de liberdade como aqueles relacionados à igualdade social possuem fundamento na dignidade humana.[13]

Sarlet acrescenta, ainda, que o conflito entre as esferas de liberdade e os direitos de igualdade não se baseia em uma lógica antagônica e, sim, em uma adição, uma vez que *"ambos os direitos fundamentais apresentam a mesma justificativa na ideia de que dignidade do ser humano somente poderá ser real se houver uma maior liberdade e menos privilégios para todos"*[14].

Na visão de Pinheiro, os direitos fundamentais sociais têm como importante função "*a busca pela efetiva fruição do direito de liberdade dos indivíduos, pois de […] nada adiantaria a garantia de liberdade se o indivíduo não dispusesse de condições materiais mínimas que assegurassem a sua existência com dignidade."*[15]

Assim, dentro do plano constitucional brasileiro, os direitos sociais possuem a fundamentalidade formal e material plenamente reconhecidas, sendo normas que devem ser respeitadas pelos poderes constituídos, no sentido de atuar para dar efetividade àquelas normas.

Portanto, a indeterminação na forma de prestação desses direitos, bem como a dependência de políticas públicas pelo Estado, não devem ser considerados como um fato de negação da fundamentalidade dos direitos sociais. De um outro turno, esse reconhecimento não retira dos Poderes Executivo e Legislativo a atribuição de densificar e estabelecer o modo como esses direitos devem ser realizados, tendo em vista os recursos disponíveis em cada momento histórico[16].

---

12 LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde:** Efetividade, reservado possível e mínimo existencial. Curitiba: Juruá, 2014. p. 49.

13 MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge.; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 168-169.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. Cit, 2012. p.200

15 PINHEIRO, M. R. **A eficácia e a efetividade dos direitos sociais de caráter prestacional:** em busca da superação dos obstáculos. 2008. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF

16 De acordo com Gomes Canotilho, densificar uma norma é "*preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto."* (CANOTILHO, J J. Gomes. E**studos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. São Paulo: RT, 2008)

Deve-se sempre assegurar a proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, substancialmente nas parcelas ligadas à dignidade humana, evitando-se restrições descabidas, desproporcionais e inconstitucionais destes direitos ou, ainda, a omissão injustificada do Poder Público, uma vez que todos eles já possuem um conteúdo inviolável e acessível ao titular do direito.[17]

3. O Custo Econômico dos Direitos Sociais.

Conforme destacado, a questão da efetividade dos direitos sociais passa atualmente pela discussão dos custos na implementação destes direitos, em face dos recursos disponíveis pelo Estado. A escassez de recursos estatais é um dado que deve ser analisado, pois não é mais possível ignorar que as receitas são finitas e as demandas por prestações de direitos são maiores do que as disponibilidades orçamentárias.

Todos os Estados, ainda que em boa situação financeira, possuem algum grau de dificuldade financeira em implementar direitos no sentido máximo de que as suas sociedades necessitam. Nem mesmo em períodos de grande prosperidade é possível atender a todas as demandas uniformemente. Assim, as verbas estatais precisam ser aplicadas de acordo com escolhas disponíveis no sistema democrático, levando-se em conta que todos os direitos fundamentais têm um custo.

Nesse sentido, procura-se aproximar o direito da realidade fática e material que o rodeia, passando a compreender os custos dos direitos; pensamento que faz com que as noções econômicas contribuam diretamente no estudo da efetividade dos direitos fundamentais, incluindo uma visão futurista das vantagens e desvantagens de certos gastos públicos. Gustavo Amaral faz essa abordagem incomum sobre o tema, ressaltando que:

> (…) os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. Isso, porém, é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito que cuja efetividade pressupõe gasto seletivo arrecadado dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem consideração às consequências orçamentárias., pelas quais, em última instância, os outros dois poderes são responsáveis. (…)

[17] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 349-350.

> Direitos são relativos e não pretensões absolutas. Atentar para os custos é outro caminho, paralelo a outros mais habitualmente percorridos para a melhor compreensão da natureza qualitativa de todos os direitos, inclusive os constitucionais.[18]

Antes de ser um mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos, ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos, a partir da análise de custo-benefício, significa um meio de converter o sistema jurídico em um poderoso instrumento de transformação social, representando também uma justificativa para o próprio Direito.[19]

Destarte, Canotilho ressalta que os direitos sociais, econômicos e culturais sempre tiveram uma premente necessidade financeira para a sua efetivação, a ponto de Peter Häberle asseverar a dependência destes direitos em relação a *"reserva de caixas financeiras"*, haja vista que estão vinculados à saúde financeira do Estado.[20]

Mas, não são apenas os direitos sociais que demandam um alto custo de implementação pelo Estado. É de se asseverar que todo e qualquer direito fundamental, para que seja implementado pelo Estado, implica em significativos gastos públicos, pois também os mecanismos de controle público necessitam de gastos, inclusive os de coercibilidade legal. Os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los, mesmo os direitos de liberdade e propriedade, considerados direitos negativos.

Flávio Galdino, com base nas teorias econômicas do direito de Holmes e Sunstein, sem fazer distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, ressalta:

> (…) na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências econômicas de recursos econômico-financeiro captados junto aos indivíduos, chega-se à conclusão de que os direitos somente existem onde há

[18] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolhas** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro, 2010.
[19] TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais; uma perspectiva do direito e da economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.
[20] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 106-107.

fluxo orçamentário que o permita.[21]

Entrementes, Holmes e Sustein[22] afirmam que a maioria dos direitos demandam um dever correspondente, mas, as obrigações apenas passam a ter relevância, quando demandam uma coação por parte do Poder Público para a devida proteção. Não há garantia de direitos de liberdade sem mecanismos estatais de proteção, pois todos demandam algum tipo de atuação positiva do Estado, seja como a repressão policial, a atuação judiciária, o sistema carcerário, etc. Assim, todos os direitos demandam algum tipo de custo pela atuação do Estado.

Ainda para os estudiosos americanos, valorizar um entre outros direitos está amplamente ligado ao menor custo que deve ser escolhido:

> Escolher 'x' sobre 'y' significa desistir de 'y', que, se for a alternativa perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher X. Quando um direito é efetivado, alguém ganha e alguém perde. A aplicação de um direito é "aceita" pela parte vencida porque essa parte não tem escolha, ou seja, porque todo o poder do Estado está ao lado do detentor do direito e, portanto, contra a parte vencida.

Diante disto, parte-se da premissa econômica de que os bens são escassos, o que não permite que todos os direitos sejam realizados igualmente para todos os cidadãos. Pondera-se, portanto, que *"levar os direitos a sério, significa levar a escassez a sério, não podendo efetivar todos os direitos em seu patamar máximo*". Ainda, *"o grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar".*

Os autores insistem ainda que um *"direito existe, tão somente, quando se pode revelar seus custos orçamentários. (...) Um interesse qualificado é reconhecido um direito quando um sistema jurídico efetivo o reconhece como tal, mediante o uso de recursos coletivos para defendê-lo.*

Nessa perspectiva, a alocação de recursos orçamentários é que permite, ao fim, a integração entre a norma abstrata e a pretensão do seu titular. Como os bens são escassos, logo, nem todos os direitos previstos no ordenamento podem ser realizados uniformemente para todos os cidadãos. Portanto, realizar direitos é fazer escolhas alocativas de recursos, sob qual alguns direitos serão atendidos e outros não.

Nesse sentido, é de bom alvitre ilustrar a observação de Ana Paula de Barcellos:

---

[21] GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. *In:* TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[22] HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El Costo del Derechos: por qué la liberdad depende de los impuestos**. Traduccion de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Sigilo Veintiurno, 2011. p. 64-69

> É importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica, se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo[23]

A proteção do homem não depende, entretanto, apenas da previsão constitucional, mas sempre de todo um aparato público: seja através de um sistema coerção legal ou de políticas públicas, todos com alguma modalidade de custo financeiro para sua implementação.

Por outro lado, essa dependência de recursos não pode gerar a negação dos direitos sociais ou ainda que sejam vistos como dependentes de uma simples vontade política. Segundo Amatya Sen, os defensores da ideia da *"viabilidade dos custos dos direitos"* se equivocam em retirar parte da fundamentalidade dos direitos eticamente reconhecidos, pois estes direitos possuem também uma eficácia objetiva de forma a maximizar os valores neles contidos, ou seja, demandam uma expansão da noção de solidariedade social.

O economista indiano observa ainda que um direito não implementado totalmente não perde a sua condição de direito, mas pede, no entanto, uma "*ação social acrescida*" para a sua plena concretização, refutando qualquer tentativa de segregação dos direitos sociais como direitos fundamentais, tratando-se de uma tentativa de "*traçar uma linha na areia"*.[24]

Abramovich e Curtis ressaltam que a diferenciação entre direitos de liberdade e sociais é mais de grau do que material, já que "*os direitos sociais configuram-se como um complexo de obrigações positivas e negativas por parte do Estado"*, com certa predominância na face positiva (custos) na sua implementação.[25]

Mesmos os direitos sociais, são dotados também de uma faceta negativa. Não é difícil descobrir, quando se observa a estrutura desses direitos, a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde; o direito à educação pressupõe a obrigação de não piorar a educação.

---

[23] BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 3° Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
[24] SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009. p. 503-505.
[25] ABRAMOVICH. Victor; COURTIS. Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo W. (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-167.

Assim, todos os direitos fundamentais são dotados de especial proteção, ainda que os direitos sociais demandem uma maior ponderação dos custos da sua implementação, haja vista a necessidade de construção de diferentes políticas públicas para direitos diversos.

Júlio César Casarin busca demonstrar a interdependência dos direitos fundamentais através de um exemplo teórico:

> [...] A caracterização das liberdades positiva e negativa é por demais elusiva: suas fronteiras não são claras, as categorias têm a flexibilidade que cada circunstância exige-lhes [...] A privação de direitos civis a determinado grupo (majoritário ou minoritário) necessita apoiar- se na privação dos direitos políticos. Isso só é facilitado se esse grupo encontrar-se em situação de fragilidade econômica séria, portanto sem o gozo de direitos econômicos e sociais. Assim, as múltiplas constrições sobre a liberdade individual somam-se e complementam-se. Violações de liberdades raramente vêm isoladas umas das outras .[26]

Já Jorge Reis Novais, com razão, lembra que a reserva do possível atinge todos os direitos, sendo inviável negar a fundamentalidade dos direitos sociais por meio dos custos de sua implementação, pois se trata de um obstáculo comum a todos os direitos fundamentais[27].

Observa-se, assim, que todas as espécies de direitos fundamentais demandam algum tipo de custo. Porém, é lógico, que os direitos sociais possuem um custo financeiro bem mais elevado, dependendo, ainda, das escolhas políticas feitas pela sociedade.

Os custos dos direitos, em especial, a saúde, são cada vez mais complexos, haja vista o surgimento de novas tecnologias e novas técnicas cirúrgicas que prolongam a vida dos pacientes. Os profissionais de saúde têm se especializado em áreas extremamente específicas, atendendo em poucos centros. Por fim, a população vive cada vez mais, necessitando também de maiores cuidados e acesso a medicamentos. Tudo isso tem um custo, restando saber o quanto a sociedade está disposta a financiar e quem dela assumirá a responsabilidade pelo aumento de carga de tributária.

Porém, isso não significa que a não implementação desses direitos, em um

[26] CASARIN. Júlio Cesar. Isaiah Berlim: A afirmação e limitação da liberdade. **Revista de Sociologia Política**, vol. 16, nº 30. Curitiba, 2008, p. 283-295.
[27] NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

determinado momento, levaria à negação da importância e da viabilidade desses direitos, escolhidos como valores fundamentais da sociedade. Os direitos sociais devem ser realizados sempre o máximo possível.

Contudo, não podemos olvidar que as verbas financeiras devem ser alocadas com parcimônia e de acordo com todas as diretrizes estabelecidas constitucionalmente, priorizando a núcleo essencial dos direitos, dentro de uma razoabilidade financeira dos tempos que em que se analisa.

O essencial parece ser preservar o máximo dos direitos previstos na Constituição, sem sacrifício completo de nenhum deles, procurando ampliar as políticas públicas sempre que possível, afastando demandas irrazoáveis e que não tenham uma base de custo realizável, fator que a teoria da reserva do possível resgata quando da sindicalização pelo Poder Judiciário. O direito não pode se afastar da realidade, de modo que as normas se encontram dentro da reserva econômica possível das sociedades, dado material empiricamente aferível.

A teoria dos custos dos direitos permite a discussão de como certos direitos, que demandam um alto custo na aplicação de recursos, como o direito à saúde, podem ser implementados, bem como o quanto a sociedade está disposta a investir e pagar, seja diretamente ou através de tributos, pelos serviços prestados.

A saúde, por exemplo, se implementada com uma real universalidade e integralidade, conforme disposto na Constituição, possui custos ilimitados, já que todos os dias surgem novas técnicas, medicamentos, cirurgias e especialidades, passando a ser demandadas pela população. Com custos quase ilimitados e bases de financiamento restritas, é possível discutir até que ponto a sociedade está disposta a enfrentar, no sentido de efetivar a garantia da saúde pública no Brasil, sendo a teoria dos custos um dos parâmetros para essa discussão.

Por fim, deve-se ressaltar que, sabendo-se da restrição de recursos e da necessidade de formulação de políticas públicas para realizar os direitos sociais, a escolha de alocação de verbas deve ser do Legislativo, conforme delegação da Constituição ao formar o orçamento público, junto com o Executivo, haja vista que as políticas sociais não estão predefinidas em toda sua clareza no texto da Constituição, dependendo de escolhas autônomas e razoáveis pelos poderes políticos, por possuírem um auxílio técnico, possibilitarem o debate entre especialistas dos setores envolvidos, e por terem legitimidade popular.

A inteligência de Galdino traz a percepção de que entre essas escolhas possivelmente existirá aquele direito que deixara de ser prestado, muitas vezes de forma trágica para quem dele necessita, sendo que "*quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em*

choque, e inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido".[28]

Porém, essa discricionariedade na alocação dos recursos financeiros não é total, devendo haver um respeito aos valores constitucionais, bem como da maximização dos direitos fundamentais, o que permite um controle por parte do Poder Judiciário, devendo ter a reserva do possível fática e jurídica como uma das balizas deste controle, sempre dentro da razoabilidade do que a sociedade pode suportar em determinados momentos históricos; tendo sempre a dignidade humana como baliza.

Conforme Gustavo Amaral:

> A própria concepção dos direitos fundamentais deve ocorrer sob a ótica de uma sociedade aberta, democrática e pretensamente justa, o que exclui a visão autoritária de um único intérprete autorizado a fazer opções maniqueístas, nos moldes do 'tudo ou nada' ou do 'certo e errado'. (...) Em tais casos, a opção política é preferencialmente do legislativo e do executivo, cabendo ao judiciário o controle de razoabilidade.(…) imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem, ou numa negação total aos direitos individuais.[29]

A defesa de direito social deve ser regida levando-se em conta as políticas públicas existentes, a escassez de recursos públicos para satisfação de todas as necessidades sociais e o princípio da isonomia, a fim de não privilegiar determinados indivíduos, na concessão de tutelas individuais pelo Poder Judiciário.

Os direitos sociais, portanto, não dependem apenas de uma positivação no mundo jurídico, mas também uma adequação com o mundo fático, com o financiamento das políticas públicas de acordo com os recursos disponíveis na sociedade, tendo sempre a proteção do mínimo existencial da dignidade humana como baliza de atuação do intérprete.

---

[28] GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Rio de Janeiro: 2005, p.160

[29] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolhas** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro, 2010. p. 145.

4. Conclusão.

No presente artigo discutimos a eficácia dos direitos fundamentais sociais, em especial, em face da necessidade de serem implementados através de políticas públicas estatais, o que demanda um movimento do Estado em disponibilizar recursos públicos a serem gastos na efetivação destes direitos. Há uma conscientização que todo direito possui um custo, não bastando a mera previsão constitucional.

É certo que nem sempre existem recursos disponíveis para serem realizadas todas as promessas constitucionais que os direitos sociais emanam, o que leva a sociedade a ter que realizar escolhas trágicas em face dos múltiplos direitos a serem realizados, pois a escassez de recursos financeiros deve ser sempre levada a sério ao se pensar no projeto constitucional dos direitos sociais.

A teoria dos custos dos direitos aproxima o direito da realidade fática que o rodeia, lembrando que não basta a simples previsão normativa dos direitos, mas também a estruturação de políticas públicas de acordo com as disponibilidades financeiras do Estado, sendo essas retiradas da atuação econômica da sociedade.

O resgate da noção alemã da reserva do possível como uma ponderação do que seja realmente justo exigir do Estado, através do uso da proporcionalidade, superando a mera noção de limitação orçamentária deste princípio vigente no Brasil, aliado à exigência do poder público de prestações materiais mínimas essenciais a uma existência digna, deve ajudar aos juízes a realizar uma correta ponderação na tomada de decisões tendo em vista a escassez de recursos públicos para atender a todas as demandas da sociedade.

A escassez de recursos também tem um limite de alegação por parte do Estado: o atendimento de um mínimo existencial, essencial à proteção da dignidade humana. Assim, as escolhas trágicas do poder político também têm limites que a ponderação da realidade fática deve demonstrar, mas atentando para os valores essenciais de nossa sociedade.

5. Referências.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolhas** – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009

BARCELOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Ferreira de. (org.) **A**

Constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6º Ed. São Paulo: Saraiva.
CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.
_____, "Metodologia Fuzzi" e "Camaleões normativos" na problemática atual dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 2. Ed: Coimbra, 2008. p. 106-107.
CASARIN. Júlio Cesar. Isaiah Berlim: A afirmação e limitação da liberdade. **Revista de Sociologia Política**, vol. 16, nº 30. Curitiba, 2008.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. *In:* TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002
HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **El Costo del Derechos: por qué la liberdad depende de los impuestos**. Traduccion de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Sigilo Veintiurno, 2011.
KRELL, Andrea J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.
LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional. In: DORA, Denise Dourado; SILVEIRA, Domingos Dresh da (Org.), **Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos.** Porto Alegre: Themis, 1998.
LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde:** efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial. 1° Ed. Curitiba: Juruá, 2014.
MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge.; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2008
NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.
OSLEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá. p. 216.
PIOSEVAN, Flávia C. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2006.
SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 312-313. In: OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais. **Efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2012
SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.
TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais; uma perspectiva do direito e da economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang;
TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Evolução historica dos direitos fundamentais no processo civil

Maryela Mireia De Sousa Bandeira[1]

Charles De Sousa Trigueiro[2]

RESUMO: O litígio, historicamente, se caracteriza pela disputa entre dois ou mais indivíduos determinados, sendo o Direito, as regras pré-estabelecidas sobre as quais um juiz ou o aplicador da lei, resolve o conflito. Porém, nem mesmo o ordenamento jurídico é capaz de abarcar a totalidade de conflitos que podem surgir, deixando ao arbítrio do juiz dirimir os conflitos nos limites da lei. É notório que o Novo Código de Processo Civil tem como características principais a busca pela segurança jurídica, celeridade processual e pela efetividade do acesso ao devido processo legal. O presente trabalho traz como objetivo geral analisar o instituto da evolução histórica dos temas de direitos fundamentais. Como objetivos específicos: elucidar a aplicação dessa evolução dos direitos humanos no novo direito processual civil. Discorrer acerca das recentes modificações na legislação processual cível e jurisprudencial sobre o caso. Nesse contexto, questiona-se: em que consiste e qual a principal contribuição da alteração do novo Código de Processo Civil no judiciário brasileiro?

Palavras-chave: Incidente. Resolução. Demandas Repetitivas. Litígios. Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The litigation, historically, is characterized by the dispute between two or more determined individuals, being the Law, the pre-established rules on which a judge or the applicator of the law, resolves the conflict. However, not even the legal system is capable of covering all the conflicts that may arise, leaving it to the discretion of the judge to resolve conflicts within the limits of the law. It is notable that the New Code of Civil Procedure has as its main features the search for legal certainty, procedural speed and the effectiveness of access to due process of law. The present work has as general objective to analyze the institute of Incident of resolution of repetitive demands. As specific objectives: to elucidate the resolution of actions that have controversies with potential to generate expressive multiplication of demands, present the correlated risk of the coexistence of conflicting decisions. Discuss the recent changes in the civil procedural legislation and jurisprudence on the case. Considering the proposed objectives, the research will have an exploratory character, based on doctrinal studies on the subject. The method of approach to be used will be the deductive method, where the researcher will start from pre-existing theories when analyzing a certain phenomenon and its repercussion in the legal environment. In this context, the question is: What is the main contribution of the Incident of Resolution of Repetitive Claims in the Brazilian judiciary? The institutes provided for by law to resolve issues of law alone have not proved sufficient, since the new Code has been innovated with the creation of the incident. The problem of solving repetitive demands is primarily to reduce

[1] Bacharela em Direito pela FAFIC, E estudante de Administração na UFPB.

[2] Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra; Mestre em Direitos Humanos pela UFPB, Servidor da UFPB.

or even prevent state and regional courts from deciding disputes of a purely legal nature. This is a procedural incident rather than actual demand. It is known that so-called collective actions are used as a means of settling collective proceedings, however it must be said that these actions also deal with issues of merit. The analysis of the topic, reflecting about the institutes that surround it, as well as the survey of concepts and attempt to delimit the incident of resolution of repetitive demands demonstrates the importance of an in-depth study.

Keywords: Incident. Resolution. Repetitive Requests. Litigation. New Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O Direito Processual desenvolveu-se a partir do estudo de litígios individuais e embora os litígios de massa não sejam uma novidade, o seu estudo mais aprofundado e a busca por soluções igualitárias e homogêneas é um fenômeno novo.

O litígio, historicamente, se caracteriza pela disputa entre dois ou mais indivíduos determinados, sendo o Direito, as regras pré-estabelecidas sobre as quais um juiz ou o aplicador da lei, resolve o conflito. Porém, nem mesmo o ordenamento jurídico é capaz de abarcar a totalidade de conflitos que podem surgir, deixando ao arbítrio do juiz dirimir os conflitos nos limites da lei.

Entretanto, os litígios não se limitam a apenas a dois indivíduos, há os litígios coletivos, resultados diretos de uma concepção de direitos que envolvem toda a coletividade e/ou, um determinado grupo de pessoas, são os chamados direitos individuais homogêneos. Há ainda, litígios que atingem um determinando grupo de pessoas, não envolvendo os direitos individuais homogêneos. Tais conflitos, embora se tratem de controvérsias unicamente de Direito, por vezes são solucionados com decisões heterogêneas, provocando insegurança jurídica.

O Código Processual Civil de 1973 não possuía, por exemplo, um instituto que tratasse de demandas repetitivas, cuja controvérsia fosse unicamente de Direito. Outrossim, havia mecanismos processuais utilizados para a uniformização da jurisprudência, numa tentativa de manter as decisões com o máximo de coerência e homogeneidade possíveis.

A concepção atual de jurisdição não admite que os conflitos judiciais sejam resolvidos de maneira divergente. A homogeneidade das decisões judiciais garante segurança jurídica e demonstra a legitimidade e eficácia das leis.

Os institutos previstos em lei para resolver as questões meramente de direito não se mostraram suficientes, tendo, pois o novo Código de Processo Civil inovado com a criação do incidente. Como toda inovação jurídica, o instituto desperta dúvidas quanto à sua implementação e relação com outros institutos processuais.

É notório que o Código de Processo Civil brasileiro vigente tem como características principais a busca pela segurança jurídica, celeridade processual e pela efetividade do acesso ao devido processo legal.

O Novo Código de Processo Civil tem entre seus principais objetivos garantir o pleno acesso ao judiciário em tempo hábil, como também a busca pela segurança jurídica. O Brasil é um país de dimensões continentais, com diferenças culturais regionais, o que facilita divergências mesmo em áreas como as jurídicas. A atenção aos julgados dos tribunais superiores evita que grandes disparidades aconteçam.

Além das já citadas ações, têm-se as Súmulas dos Tribunais, sendo a mais importante delas as súmulas vinculantes. A exigência da repercussão geral para a impetração do Recurso Extraordinário também é uma ferramenta jurídica para a resolução justa e efetiva de litígios que versem sobre questões que atingem um determinado número de pessoas.

A tese, decidida pelo Tribunal após o julgamento do incidente torna-se precedente obrigatório e como tal não possui efeitos apenas persuasivos, sendo sua repercussão geral presumida. Assim, tem-se protegido a garantia constitucional de acesso à justiça enquanto se trabalha por um processo mais célere e eficiente.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL

O Direito é a ciência que busca o bem estar social, uma vez que estuda a relação entre os homens e aplica-lhes normas de conduta. Haverá sempre algum conflito enquanto houver mais de uma pessoa em um mesmo local, e consequentemente o relacionamento poderá ser prejudicado consideravelmente.

Analisando a forma como os homens se relacionam entre si, José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 11) esclarece, em sua obra "Direito e Processo", a forma como os membros de uma sociedade convivem:

> A vida em sociedade implica, necessariamente, a existência de relações entre seus membros. As pessoas mantem umas com as outras relacionamentos de várias espécies e de natureza diversa. Imagine-se o leitor no seio de sua família, no âmbito de seus negócios ou da atividade profissional que exerce. Pense no convívio

> com seu grupo de amigos e com os adeptos de sua religião. Lembre-se dos inúmeros tributos exigidos pelo ente que, em contrapartida, deveria proporcionar-lhe segurança, saúde, educação, transporte, etc.

Algumas dessas inúmeras relações mantidas entre os integrantes de determinada sociedade organizada são objeto de regulamentação pelo Estado, que edita normas de conduta, cuja observância é imposta a todos. Essas regras de comportamento compõem o ordenamento jurídico do país. O Direito é, pois, um fenômeno humano e social.

As sociedades que não possuem normas tendem a evoluir de forma desorganizada, pois são comandadas de acordo com a vontade do mais forte e por isso terá a palavra deste como a última, restando para os demais apenas obedecer. Nesse tipo de sociedade o termo "democracia" não existe, uma vez que são totalmente contra os ideais humanitários.

Já nas sociedades normatizadas há evolução, principalmente do Direito e consequentemente também do processo. Para entender esta relação evolutiva, inicialmente, é necessário analisar qual a origem da palavra processo e o que se entende por ele. De Plácido e Silva (2007, p. 1101), explica a diferença entre procedimento e processo, definindo este em sentido amplo e restrito:

> Derivado do latim processus, de procedere, embora por sua derivação se apresente em sentido equivalente a procedimento, pois que exprime, também, ação de proceder ou ação de prosseguir, na linguagem jurídica outra é sua significação, em distinção a procedimento.
>
> [...]
>
> Processo e a relação jurídica vinculativa, com o escopo de decisão, entre as partes e o Estado Juiz, ou entre o administrado e a Administração.
>
> Na terminologia jurídica, processo anota-se em sentido amplo e em sentido restrito.
>
> Em sentido amplo, significa o conjunto de princípios e de regras jurídicas, instituído para que se administre a justiça.
>
> [...]
>
> Em conceito estrito, exprime o conjunto de atos, que devem ser executados, na ordem preestabelecida, para que se investigue e se solucione a pretensão submetida à tutela jurídica, a fim de que seja satisfeita, se procedente, ou não, se injusta ou improcedente.

Isso implica dizer que na área do direito, um processo pode, por exemplo, ser uma ação judicial, cujo objetivo seja alcançar um relevante resultado no âmbito jurídico. Ele representa a sequência de atos determinados conforme a lei.

O processo, conforme afirma Marcus Orione Gonçalves Correia (2009), é uma relação jurídica, submetida a uma instrumentalização metódica (procedimento) para que possa desenvolver-se perante o Poder Judiciário. É uma palavra com origem no latim procedere, como já foi dito anteriormente, e significa conjunto de medidas tomadas para atingir algum objetivo. Etimologicamente está relacionada com percurso, significando "avançar" ou "caminhar para frente".

De acordo com Moacyr Amaral Santos (2004, p.13), o ramo do Direito que é responsável pelo sistema de princípios e leis que disciplinam o processo é o Direito Processual. Existe uma divergência na doutrina nacional e estrangeira no que diz respeito ao conceito deste ramo do Direito. Jose Becerra Bautista, jurista mexicano, baseado nos ensinamentos de Paolo D'Onofrio, processualista italiano, estabelece como sendo "o conjunto de normas que tem por objeto e fim a realização do direito objetivo através da tutela do direito subjetivo, mediante o exercício da função jurisdicional".

Já o processualista colombiano Hernando Devis Echandía (Tomo I, p. 06) define o Direito Processual como sendo o:

> O ramo do Direito que estuda o conjunto de normas e princípios que regulam a função jurisdicional do Estado em todos os seus aspectos e que, portanto, fixam o procedimento que se há de seguir para obter a atuação do direito positivo nos casos concretos, e que determinam as pessoas que devem submeter-se à jurisdição do Estado e os funcionários encarregados de exercê-la.

Portanto, trata-se de um ramo do direito público formado por princípios e normas legais que regulamentam os procedimentos jurisdicionais, objetivando administrar o direito.

A Constituição Federal brasileira confere à União competência para legislar sobre o direito processual (art. 22, I), que é definido, de acordo com Antonio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco (2010, p. 46) na obra Teoria Geral do Processo como "complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado".

Ainda conforme escreveram os autores da referida obra (2006, p. 48-49) sobre o Direito Processual, cuja evolução científica se deu em três fases, a saber:

> a) Fase do sincretismo: o processo era considerado simples meio de exercício dos direitos. A ação era o próprio Direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação desta lesão. Não se tinha noção do Direito processual como ramo autônomo do Direito e muito menos dos elementos para sua autonomia científica.
>
> b) Fase autonomista (conceitual): marcada pelas grandes construções científicas do Direito processual. Tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais.
>
> c) Fase instrumentalista: é uma fase crítica. Após toda a evolução existente, chega-se a um momento em que se observa o processo por um ângulo externo, ou seja, examinando os resultados práticos.

Até o século XIX, o direito processual civil esteve absorvido numa visão sincretista, isto é, a ação se identificava com o próprio direito subjetivo lesado, o que tornava a jurisdição apenas uma simples sucessão de atos. Consequentemente, o processo era visto como um mero procedimento, uma vez que não tinha autonomia em relação ao direito material.

Prevalecia até então a teoria imanentista da ação, segundo a qual consistia na qualidade do direito reagindo à sua violação. Ou seja, ela era vista como a movimentação do direito material, portanto, não haveria ação sem direito, nem direito sem ação. Após Bernhard Windscheid e Theodor Muther discutirem a respeito do direito processual civil, foi que se deu a sua autonomia científica, resultando na clara distinção entre o direito do lesado e a correspondente ação. Após o surgimento da fase do processualismo que se deu pela teoria desenvolvida e racionalizada por Oskar Von Bülow, responsável pela autonomia do processo, houve o desenvolvimento do direito processual civil enquanto ciência autônoma do direito, fazendo com que o instituto da ação saísse do centro das discussões, dando maior relevância à atividade jurisdicional.

O processo passa a servir como um instrumento responsável pela execução das finalidades eleitas e perseguidas pelo Estado, preponderando assim, uma visão metodológica da jurisdição e por isso enaltecendo a visão publicista do direito processual.

Isto posto, é importante ressaltar que no início existia uma Teoria Geral do Processo, na qual eram inclusas em suas bases a área cível e penal, porém foram diminuindo consideravelmente a ligação que existia entre essas duas áreas, causando a separação da Teoria Geral do Processo Civil e Teoria Geral do Processo Penal.

Alguns doutrinadores como Francesco Carnelutti, responsável pelo surgimento da teoria geral do processo, uma vez que lançou as bases dessa teoria, inicialmente, defendia em "Studi di diritto processuale" (1922) que devido apresentarem lide, havia a necessidade de manter a aproximação entre o processo civil e penal. Porém, mudou de ideia sobre o tema, passando a dividir estas modalidades processuais quando reconheceu que no processo civil existia lide, mas esta era inexistente no processo penal.

Após esta alteração drástica feita por Carnelutti na sua teoria geral do processo, surgiram diversos questionamentos sobre o tema e assim, a busca por uma resposta sobre a melhor maneira para caracterizar o Direito Processual levando em conta as alterações sociais.

No entanto, muitos processualistas se posicionaram contra a separação das modalidades processuais. Destaca-se, entre eles, o professor Cassio Scarpinella Bueno (2011, p.35), cujo ensinamento, defende que o período no qual os estudiosos de processo civil se mantiveram isolados das demais disciplinas, sofreram prejuízos no que diz respeito a sua percepção:

> Houve tempo em que o estudioso do Direito processual civil isolou-se dos demais ramos do Direito como forma de justificar a autonomia científica dessa disciplina e a necessidade de um estudo próprio, distinto, adequado ao seu objeto de análise. Daí a necessidade de 'criar' ou 'identificar' uma disciplina autônoma, desvinculada dos demais ramos do Direito, o estudioso do Direito processual civil perdeu, durante considerável espaço de tempo, a necessária compreensão do todo. O isolamento e a neutralidade, típicos do estudo do Direito processual cível nesta fase, causaram e, até hoje, causam sérias distorções com relação à sua compreensão.

Ao estudar sobre a Teoria Geral do Processo, percebe-se que não é necessário estudar o processo de maneira separada e muito menos separar os ramos do Direito, tendo em vista que ao permanecerem juntos, implicará na evolução de todos. Porém, nos estudos processuais das disciplinas, chega um momento no qual não há como manter a ligação, pois existe uma grande diferença, por exemplo, entre o processo civil e o penal, ou o tributário, o trabalhista, o administrativo, e os demais. A tese defendida é que a base dos procedimentos, isto é, a linha inicial deve ser desenvolvida em sua totalidade para que o Direito processual assim evolua.

O direito processual civil representa o conjunto de preceitos jurídicos que regulamentam a jurisdição, a ação e o processo, e assim cria meios necessários para dirimir conflitos de interesses que não sejam de natureza penal e especial. Por estar inserido no direito público ao lado do direito constitucional, do direito administrativo, do direito penal e

os demais, não pode ser estudado de maneira isolada, mas como uma parte da ciência jurídica, que de forma prioritária se apoia nas regras constitucionais.

Historicamente, o direito processual civil adquire aspecto científico a partir da Antiguidade clássica greco-romana quando se desvincula de conceitos supersticiosos e religiosos. Na Grécia, o ônus da prova, na maioria das vezes, cabia às partes e destas provas aceitavam os testemunhos e documentos que eram submetidos à livre apreciação do juiz.

Em Roma, na fase primitiva do Processo Civil, conforme Moreira Alves (1991, p. 224-225), o juiz era concebido como árbitro, mas este não era funcionário do Estado e era responsável para proferir solução, que não tivesse prevista em lei, para os casos. Nesse período, o procedimento obedecia a todo um ritual e era extremamente formal e solene, de tal forma que uma só palavra substituída ou esquecida anularia o processo, dependendo do caso. Outro detalhe importante era que as partes postulavam pessoalmente em todo o procedimento, pois não havia advogado.

No período formulário que corresponde ao segundo período do Processo civil romano, todo o procedimento era oral, porém existia a fórmula que era escrita. A obrigatoriedade da sentença advinha do acordo que significava a aceitação da fórmula pelo autor e réu, os quais se comprometiam em fazer conforme o árbitro estabelecesse. Foi nesse período também que o advogado passou a se fazer presente e que se passou a observar os princípios do contraditório das partes e do livre convencimento do juiz.

Já no período da Cognitio Extraordinária, que é a terceira fase da evolução do processo civil romano, no qual houve a criação do juiz oficial, substituindo o juiz privado do procedimento formulário. Com a função pública de assegurar a paz social, o juiz tornou-se um funcionário do Estado e magistrado, responsável para compor as lides. Os procedimentos passaram a ser na forma escrita, desde o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença até a sua execução. Foi nesse período que passou a admitir recursos contra a sentença para a autoridade hierarquicamente superior, que poderia reforma-la.

Com o declínio do Império Romano em 476 d.C. e a invasão do território pelos povos germânicos, houve um grande retrocesso na evolução do direito processual, pois tudo que havia sido alcançado pelos romanos, tudo o que eles desenvolveram no âmbito jurídico ficou comprometido devido as discrepantes noções jurídicas que os povos bárbaros possuíam.

Moacyr Amaral Santos (1981, p. 45) ensina que: "o juiz dos germanos tinha por função, no campo da prova, tão-somente fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o

resultado do experimento", isto porque os julgamentos não se realizavam de maneira lógica e sim através de rituais místicos, como era o caso das ordálias que representavam os juízos de Deus, ou seja, o réu era submetido a experimentos cruéis a fim de descobrir a "verdade", pois acreditava que Deus livraria o réu inocente dos sofrimentos das ordálias. Não cabiam recursos das decisões desses julgamentos, porque a jurisdição era exercida por assembleias de homens livres e não havia poder acima dessas assembleias.

De acordo com Moacyr Amaral Santos (1981, p. 45 – 46), à insistente reação do direito romano e à extensão do campo de aplicação do direito canônico, de fundo justinianeu, a oporem obstáculos à prática exclusiva do processo romano-barbárico, se acrescentou, no século XI, um fato novo, de larga e profícua repercussão, decisivo na evolução do processo. Foi a criação das Universidades, a primeira das quais em Bolonha, no ano 1088.

Esse processo ficou conhecido como romano-canônico, no qual as regras costumeiras do tempo se adaptaram ao direito construído pelos glosadores, pós-glosadores, comentaristas e práticos, com a ajuda influente dos canonistas.

Houve, portanto, a fusão dos três sistemas de direito: germânico, canônico e romano formando o chamado direito comum e consequentemente o processo comum, que entre os séculos XI e XVI, ficaram vigentes por toda a Europa. O processo comum ficou caracterizado pela sua forma escrita, pela complexidade e principalmente pela lentidão. Dentre a contribuição dessas três vertentes para o processo comum, podemos destacar que, influenciado pelo direito germânico, passou a admitir a eficácia erga omnes da coisa julgada e a prova e a sentença, passaram novamente a seguir conforme no sistema romano (DAVID, 1972, p. 61).

A inspiração canônica contribuiu com a adoção do processo sumário, através do qual se procurava eliminar alguns formalismos. Até o século XIX, usava-se a tortura como meio de obter a verdade nos julgamentos, porém as ordálias não eram mais utilizadas como forma de prova. O processo comum passou a se expandir por vários países da Europa e com a Revolução Francesa, começou novamente a se considerar o conceito de livre convencimento do juiz.

Na fase do Processo Civil Moderno, também conhecida como a fase científica, o juiz passa a ter a atribuição de livre análise e produção das provas quando se fizer necessário para a justiça da decisão. O processo civil é um meio utilizado para servir de tutela dos interesses dos particulares, porém, primordialmente, é utilizado para pacificação social e para reafirmar a lei, assim reconhecendo como de caráter público e de interesse geral a jurisdição civil, mesmo sendo de ordem privada os interesses das partes em litígio. É importante ressaltar

que o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 segue tal entendimento, assim como grande parte dos Códigos europeus.

Na França, no entanto, conforme ensina Moacyr Amaral Santos (1965, pp. 70/71), construíram um processo civil próprio, guiado pela simplicidade, publicidade dos atos, oralidade, livre apreciação da prova pelo juiz e princípio dispositivo, baseado no procedimento romano-canônico, porém dispensando as formalidades desnecessárias e utilizando-se de elementos germânicos. Por isso, as leis processuais francesas serviram de modelo para a legislação processual da maioria dos países europeus, inclusive tornando-se fonte para alguns.

José Frederico Marques (1998, p. 87), ao comentar sobre o início do estudo científico da matéria processual, esclarece que:

> O Direito Processual Civil ganhou consistência e densidade científica a partir do século passado, depois que deixou de ser mero complemento do Direito Civil para adquirir posição de disciplina autônoma dentro da ciência jurídica. E isso se deve, principalmente, aos processualistas alemães, seguidos pelos da Itália a partir de Chiovenda e à formulação, por eles, da teoria da relação processual, bem como da nova conceituação que imprimiram ao direito de ação.

Oscar Bulow, através da obra Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais de 1868, foi responsável pelo aprimoramento científico do Direito Processual Civil, pois foi a partir dessa obra, que a relação processual, formada por um autor (polo ativo), um réu (polo passivo) e o Estado-juiz, passou a ser a base de trabalho científico do processo. Destacam-se outros nomes que são considerados de grande importância para estudar a ciência processual civil: Piero Calamandrei, Carnelutti e Enrico Tullio Liebman, que foi o responsável por estabelecer as condições da ação, tais como a possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ad causam. O novo processualismo científico surge da ideia de autonomia do direito de ação como forma de infusão sistemática com maior exatidão ao estudo das categorias processuais.

E por fim, no terceiro capítulo será analisado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Primeiramente, estudar-se-á a sua origem, conceito, natureza jurídica, admissibilidade, legitimidade e características. Em seguida será feita a comparação com outros mecanismos processuais para a tutela de direitos repetitivos, especialmente os recursos repetitivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na análise histórica do direito processual, percebe-se que sua evolução científica foi dividida em três fases, nas quais, inicialmente, este representava apenas um meio de exercícios dos direitos. Posteriormente, surgiram grandes teorias processuais principalmente sobre a natureza jurídica e os pressupostos do processo. E por fim, passou-se a examinar o processo a partir dos resultados práticos, isto é, servindo como um instrumento utilizado pelo Estado para executar suas finalidades.

O formalismo sempre foi característica presente na história do processo civil. Os povos germânicos e romanos seguiam rigorosamente a ordem dos procedimentos para garantir a segurança do processo. Atualmente, essas exigências de formalidades permanecem, a fim de que não haja arbitrariedades. Porém, mais importante do que exigir o cumprimento dos ritos do processo, muitos processualistas defendem como metas para serem alcançadas pelo processo civil moderno, priorizar os princípios de instrumentalidade, do acesso à Justiça, da oralidade, da economia e da efetividade processual.

Assim, priorizando a aplicabilidade desses princípios, a tendência é garantir um processo ético e justo, o qual possibilite satisfazer as partes com resultados práticos. O contrário disso seria garantir um processo legal seguindo as exigentes solenidades, no entanto, impedindo o alcance da praticidade nos resultados.

As influências dos contextos sociais, político e cultural, nos quais o processo civil brasileiro está inserido foram responsáveis pela sua reforma, uma vez que os mecanismos processuais foram estruturados para solucionar controvérsias correspondentes a direitos subjetivos individuais e demandas que envolvem apenas sujeitos determinados.

Esta reforma busca suprir as principais necessidades da sociedade brasileira contemporânea, das quais pode se destacar uma melhor qualidade na prestação jurisdicional em suas decisões, garantindo a segurança e celeridade dos julgamentos.

Uma das importantes reformas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil de 2015 foi no que diz respeito aos recursos, que por muitos são considerados fatores de morosidade processual, pois fazem com que a ação perdure por muito tempo.

Os recursos foram criados pelo ordenamento jurídico para serem utilizados como forma de contestação ou modificação de uma sentença judicial todas as vezes que houver inconformismo com a decisão. Estão nitidamente definidos na Constituição Federal d 1988 e no Código de Processo Civil Brasileiro.

As decisões que forem proferidas nos processos que apresentem alguma injustiça à parte litigante por parte da providência judicial, poderão ser objetos de recursos, segundo o sistema jurídico brasileiro. No entanto, ressalta-se que para serem admitidos é preciso atender

aos pressupostos objetivos e subjetivos, os quais serão examinados pelo juízo de origem e no juízo recursal.

Tais pressupostos correspondem à legitimidade da contestação, que se refere àqueles que são legítimos para interpor o recurso; a tempestividade que trata do prazo para interpor o recurso; e a regularidade formal que é a exigência de que todos os pressupostos foram devidamente cumpridos.

Das mudanças trazidas pelo CPC/2015, com relação aos recursos, destacam-se a exclusão do rol de taxatividade da espécie embargos infringentes; a unificação do prazo para interposição de recursos que passou a ser de 15 dias, exceto no caso dos embargos de declaração, no qual o prazo é de 5 dias; e a extinção do efeito suspensivo automático com a interposição do recurso, exceto nos casos que houver disposição legal, como por exemplo, o recurso de apelação e de agravo de instrumento.

Ainda no que diz respeito às importantes alterações promovidas pelo novo código de processo civil no sistema recursal, pode-se destacar como uma das grandes novidades a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) seguindo a tendência da uniformização da jurisprudência. Ressalta-se que alguns institutos que visam essa uniformização foram mantidos e outros aperfeiçoados.

O IRDR e os recursos especial e extraordinários repetitivos formam um microssistema processual de resolução de demandas repetitivas, conforme o art. 928 do CPC/2015. É importante ressaltar que é preciso manter a coerência nesse microssistema, respeitando a superioridade hierárquica, pois caso já tenha afetado para julgamento pelos tribunais superiores em recurso especial ou extraordinário, a mesma matéria que apresente questão que seja passível de instauração do IRDR, este não poderá ser admitido, primando pela economia processual.

Havendo, simultaneamente, efetiva repetição de processos que tenham uma mesma questão de direito sendo motivo de divergências e houver também algum risco de ofensa à segurança jurídica e a isonomia, poderá ser instaurado o pedido do IRDR que será dirigido ao presidente de tribunal e poderá ser feito pelo juiz ou relator, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, objetivando a busca pela uniformização da jurisprudência também nos estados.

Devido ao grande aumento de demandas repetitivas na realidade jurídica brasileira, tanto os recursos repetitivos como o IRDR, de acordo com Didier e Cunha (2016, p. 590) apresentam o mesmo objetivo de conferir tratamento prioritário, adequado e racional a essas

demandas. Destinam-se em gerir e decidir os casos repetitivos e ainda formar precedentes obrigatórios, os quais vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados.

Dessa forma, destaca-se a importância da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, objeto de estudo desse trabalho, para tratar de forma adequada os direitos individuais homogêneos, os quais não foram agrupados através das clássicas ações coletivas e assim, converteram-se em demandas repetitivas.

Foi apontada também, como uma das principais contribuições do incidente, a celeridade processual, uma vez que possibilita a qualquer uma das partes envolvidas, propô-lo logo na segunda instância de jurisdição, para evitar a massificação das demandas diante de decisões divergentes sobre mesma questão de direito.

Através da decisão proferida no IRDR será fixada a tese para aplicação nos processos pendentes e futuros, pois, assim como ocorre nos recursos repetitivos, da ratio decidendi do julgado, surge o precedente. No entanto, a tese deverá ser fundamentada cuidadosamente de maneira que se utilizem todos os argumentos possíveis para a formação de um padrão decisório.

Quanto à nomenclatura do incidente dada pelo legislador e que é motivo de críticas, constata-se que o IRDR não julga as demandas repetitivas e sim as questões de direito repetitivas, uniformizando a interpretação através da fixação de uma tese jurídica de uma questão de direito controversa. Ou seja, o incidente não busca satisfazer os direitos subjetivos das demandas.

Contudo, o IRDR é entendido como um mecanismo processual capaz de contingenciar a litigiosidade repetitiva, buscando a consagração da isonomia e segurança jurídica numa prestação da tutela jurisdicional mais célere.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo. 6 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia carvalho. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ECHANDIA, Hernando Devis. Teoria General Del Processo. tomo I, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em Evolução. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária. Biblioteca Jurídica, [199-]

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Projeto n. 144/01 (Senado Federal), Lei 9.800, de 26.5.1999 (Lei do "Fax), e Lei 10.173, de 9.1.2001 (Lei dos Idosos). São Paulo: Malheiros, 2002.
BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

Os direitos residuais das zonas econômicas exclusivas: a jurisdição das atividades militares no Direito Internacional

Pedro Gonçalves de Alcântara Formiga[1]

Sumário: 1. Introdução – 2. A zona econômica exclusiva – 2.1 A zona econômica exclusiva brasileira – 2.2 Os direitos residuais – 3. A zona econômica exclusiva e o espaço aéreo – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A principal finalidade desse trabalho é investigar tratados internacionais a fim de identificar possíveis correspondências à respeito das atividades militares nos territórios de zona econômica exclusiva, principalmente a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, analisando doutrina jurídica doméstica e interpretando a evolução da doutrina jurídica estrangeira, bem como o seu aporte histórico, fundamentando-se em pesquisa bibliográfica e documental para constatar o panorama doutrinário atual, seguindo as normas científicas explicitadas por meio da obra "Orientações para Elaboração de Trabalhos Técnicos Científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatórios entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)", de autoria da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

A importância do tema se reflete principalmente na necessidade de abordar, em termos de pesquisa, não apenas o ponto em específico da zona econômica exclusiva, mas de toda a controvérsia político-jurídica pertinente ao tema em questão, e seus possíveis desdobramentos nos dias de hoje.

Metodologicamente, essa investigação se centrou na análise e coleta bibliográfica das doutrinas jurídicas pertinentes ao tema, tanto domésticas quanto estrangeiras e no exame documental dos pareceres oficiais resultantes da Convenção das Nações Unidas sobre o

[1] Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais

Direito do Mar. Partindo do citado ponto de vista teórico, far-se-á uma revisão da literatura sobre os pilares nos quais se edificam o Direito Internacional e sobre os escritos existentes sobre a própria zona econômica exclusiva, buscando encontrar o suporte teórico necessário para a produção do trabalho dissertativo.

O trabalho está capitulado em cinco, junto a suas devidas subdivisões. Temos a introdução ao tema e em seguida, será abordado no trabalho a própria conceituação da zona econômica exclusiva, a partir de sua perspectiva histórica, os debates e discussões durante seu desenvolvimento e segue até a explanação do panorama nacional e dos direitos residuais. No terceiro capítulo serão estudadas questões relativas ao espaço aéreo e a tentativa de sua correlação para com a zona econômica exclusiva, e logo em seguida sendo elaboradas as considerações finais acerca do trabalho.

2. A ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA

A concepção moderna de territorialidade marítima começou com o desenvolvimento da livre navegação. Esse conceito de livre navegação (ou liberdade de navegação) foi originado quando o holandês Hugo Grotius emitiu sua opinião à Companhia Holandesa das Índias Ocidentais contestando o monopólio de Portugal sobre o comércio internacional das Índias Orientais e a sua reivindicada soberania sobre o Oceano Índico; posteriormente na sua famosa obra *Mare Liberium*, de 1609, explicitou que os mares não podem ser apropriados por Estados e as embarcações marítimas de todos os Estados teriam o direito de navegar livremente por todo o mundo.[2]

Na atualidade, o entendimento do termo de livre navegação compreende vários outros aspectos, como preconiza o Dr. Albert Hoffman:

> A liberdade do alto mar inclui não só as liberdades de navegação e de pesca, mas também as liberdades de colocação de cabos submarinos, de oleodutos e de sobrevoo, como referido no Artigo n.º 2 da Convenção sobre o Alto Mar. Duas outras liberdades, a saber, a liberdade de construir ilhas artificiais e outras

2 HOFFMAN, Albert. Freedom of Navigation, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 04 setembro 2018.

> instalações, e a liberdade de investigação científica, foram adicionadas no Artigo n.º 87 Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. (tradução nossa)[3]

Porém, a concepção de zona econômica exclusiva (ZEE) alterou o sentido de livre navegação na ordem internacional porque o conceito de alto mar definido no Artigo n.º 1 da Convenção sobre o Alto Mar de 1958 como "todas as partes do mar que não pertençam ao mar territorial ou às águas interiores de um Estado"[4], agora encontra a exceção da zona econômica exclusiva e das águas de arquipelágicas; exceção expressa no Artigo n.º 86 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) de 1982.

A zona econômica exclusiva, por sua vez, pode ser definida como uma:

> [...] zona marítima além e adjacente ao mar territorial que se estende até 200 milhas náuticas a partir da base de um Estado costeiro onde o Estado costeiro tem direitos soberanos sobre os recursos vivos e não vivos das águas sobrejacentes e dos seus fundos marinhos e subsolo - direitos de natureza essencialmente econômica - enquanto nessa zona outros Estados gozam das liberdades de navegação e de sobrevoo. (tradução nossa)[5]

2.1 A zona econômica exclusiva brasileira

---

3 "Freedom of the high seas includes not only the freedoms of navigation and fishing but also the freedoms of laying of submarine cables and pipelines and of overflight, as mentioned in Art. 2 Convention on the High Seas ('High Seas Convention'). Two other freedoms, namely, the freedom to construct artificial islands and other installations, and the freedom of scientific research, have been added in Art. 87 UN Convention on the Law of the Sea.". HOFFMAN, Albert. Freedom of Navigation, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 04 setembro 2018.

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre o Alto Mar**. 28 outubro 1958. Disponível em: <http://www.aquaseg.ufsc.br/files/2011/07/Conven_Alto_mar_1958.pdf>. Acesso em: 04 setembro 2018.

5 "maritime zone beyond and adjacent to the territorial sea extending up to 200 nautical miles ('nm') from the baseline of a coastal State where the coastal State has sovereign rights over the living and non-living resources of the superjacent waters and its seabed and subsoil—rights of an essentially economic nature—whereas in that zone other States enjoy the freedoms of navigation and overflight.". NELSON, Dolliver. Exclusive Economic Zone, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2008. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 04 setembro 2018.

Nesse contexto, o Brasil está implementando o Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul (SisGAAz), que deve ser integrado ao Sistema Brasileiro de Vigilância (SISBRAV), sendo a Amazônia Azul justamente a zona econômica exclusiva da costa brasileira, com aproximadamente 3.540.000 (três milhões e quinhentos e quarenta mil) quilômetros quadrados[6]; segundo o Livro Branco de Defesa Nacional, esse sistema tem o objetivo de ser:

> […] um sistema de monitoramento e controle relacionado ao conceito internacional de segurança marítima e para a proteção do litoral brasileiro. Foi projetado para se tornar o principal sistema de comando e controle da marinha e prevê a gestão das atividades ligadas ao mar que envolvam vigilância, monitoramento, prevenção da poluição, recursos naturais, entre outras.[7]

O problema dessa questão é uma vasta lacuna da CNUDM, são os chamados direitos residuais, que dizem respeito às práticas e futuras práticas possíveis na ZEE que não foram abordadas expressamente na Convenção; e a ausência mais gritante é a das atividades militares. Não foi expressamente estabelecido se as práticas não previstas na CNUDM passariam a ser de competência do Estado costeiro ou continuariam sendo de competência da comunidade internacional como eram com a livre navegação.[8]

2.2 Os direitos residuais

O direito à soberania da zona econômica exclusiva é um entendimento relativamente pacífico politicamente e também academicamente já que o Artigo 56 é bem claro quanto a isso:

---

[6] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Livro Branco de Defesa Nacional**. 2012. p. 42.
[7] *Ibidem*. p. 71.
[8] NELSON, Dolliver. Exclusive Economic Zone, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2008. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 04 setembro 2018.

> Artigo 56. Direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na zona econômica exclusiva. 1. Na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem: a) direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.[9]

O grande problema se dá na ausência de regulação de questões militares na CNUDM, como preconiza Stuart Kaye, a CNUDM: "[…] não lida com questões de segurança de forma significativa […] evita quase que por completo a consideração das leis da guerra naval" (tradução nossa)[10]. Sendo esses os direitos residuais aqui tratados.

3. A ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA E O ESPAÇO AÉREO

O espaço aéreo é especificamente regulado pela Convenção Internacional de Aviação Civil de 1944 (Convenção de Chicago) e assim como a CNUDM, o Artigo 1 da Convenção de Chicago reconhece a soberania do Estado costeiro:

> Artigo 1. Soberania. Os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo sobre seu território.[11]

E logo em seguida já delimita o conceito de território no Artigo 2:

> Artigo 2. Território. Para os fins da presente Convenção, considera-se como território de um Estado, a extensão terrestre e as

[9] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n.º 99.165**. 1990.
[10] "[…] does not deal with security issues to a significant extent […] almost completely avoids consideration of the laws of naval warfare". KAYE, Stuart. Freedom of navigation in a post 9/11 world: security and creeping jurisdiction. In: FREESTONE, David *et al* (orgs.). **The Law of the Sea Progress and Prospects**. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 347-364.
[11] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n.º 21.713**. 1946.

> águas territoriais adjacentes, sob a soberania, jurisdição, proteção ou mandato do citado Estado.[12]

E ao tratar nos três itens do Artigo 9 questões primordialmente militares sob o tópico Zonas Proibidas:

> Artigo 9. Zonas Proibidas. a) Por razões militares ou de segurança pública, os Estados contratantes poderão limitar ou proibir de maneira uniforme que as aeronaves de outros Estados voem sobre certas zonas do seu território, sempre que não façam distinção entre suas próprias aeronaves fazendo serviços internacionais regulares de transporte aéreo, e as aeronaves dos outros Estados contratantes que se dediquem a serviços idênticos. Estas zonas proibidas terão uma extensão razoável e serão situadas de modo a não prejudicar inutilmente a navegação aérea. Os limites das zonas proibidas situadas no território de um Estado contratante e toda modificação a eles feita posteriormente deverão ser comunicados coma maior brevidade possível aos demais Estados contratantes e a Organização internacional de Aviação Civil.
>
> b) Os Estados contratantes se reservam também o direito, em circunstância excepcionais ou durante um período de emergência, ou ainda no interesse da segurança publica, e para que tenha efeito imediato, de limitar ou proibir temporariamente os voos sobre a totalidade ou parte do seu território contanto que estas restrições se apliquem às aeronaves de todos os demais Estados sem distinção de nacionalidade.
>
> c) Cada estado contratante, de conformidade com os regulamentos que venham a estabelecer, pode exigir de toda aeronave que penetre nas zonas referidas nos parágrafos acima (a)ou (b) de aterrissar logo que seja possível em algum aeroporto que designar no seu próprio território.[13]

[12] *Ibidem.*
[13] *Ibidem.*

Porém, todas as hipóteses acima previstas se aplicam apenas ao espaço aéreo nacional e não internacional. E o espaço aéreo da zona econômica exclusiva, tal como o alto mar, não se submete à nenhuma soberania. O Artigo 56 da CNUDM especifica bem que os direitos de soberania à zona econômica exclusiva se aplicam apenas às "águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo"[14].

O Brasil já pleiteou por vias diplomáticas na Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) o reconhecimento do espaço aéreo nas zonas econômicas exclusivas como espaço aéreo nacional mas o Comitê Jurídico da OACI rejeitou categoricamente o pleito ao expressar que essa possibilidade estaria:

> […] flagrantemente contradizendo as disposições relevantes da CNUDM que instrumentam a ZEE […] com o alto-mar no que diz respeito à liberdade de sobrevôo. (tradução nossa)[15]

Então, como é sumariamente lecionado nas palavras de Raul Pedrozo:

> […] nada na CNUDM ou na Convenção de Chicago fornece uma base legal para regular as atividades militares no espaço aéreo internacional acima da ZEE. (tradução nossa)[16]

Para esclarecer a questão, o Dr. Fernando Loureiro Bastos, analisando o panorama jurídico-doutrinário e a jurisprudência do Tribunal Internacional do Mar, sintetiza seu próprio entendimento sobre o assunto afirmando que:

[14] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *op. cit.*

[15] "[…] flagrantly contradicting the relevant provisions of UNCLOS which equate the EEZ […] with the high seas as regards freedom of overflight". KWIATKOWSKA, Barbara. **The 200 mile exclusive economic zone in the new Law of the Sea**. Londres: Martinus *Nijhoff* Publishers, 1989.

[16] "nothing in UNCLOS or the Chicago Convention provides a legal basis for regulating military activities in international airspace above the EEZ". PEDROZO, Raul. Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus. **International Law Studies**, vol. 90, p. 521, 2014.

> […] a zona económica exclusiva não é uma parte do mar territorial do Estado costeiro, nem mais uma parte do alto mar, mas antes um espaço marítimo no qual o Estado costeiro exerce poderes em conformidade com o Direito Internacional do Mar, em particular com o regime jurídico previsto nos artigos 55 a 75 da CNUDM.[17]

Também vale dizer que a própria CNUDM estabelece de forma genérica e principiológica em seu Artigo n.º 59 as resoluções de suas lacunas:

> Nos casos em que a presente Convenção não atribua direitos ou jurisdição ao Estado costeiro ou a outros Estados na zona económica exclusiva, e surja um conflito entre os interesses do Estado costeiro e os de qualquer outro Estado ou Estados, o conflito deveria ser solucionado numa base de equidade e à luz de todas as circunstâncias pertinentes, tendo em conta a importância respectiva dos interesses em causa para as partes e para o conjunto da comunidade internacional.[18]

Esse posicionamento é majoritariamente defendido pelos Estado Unidos da América (EUA), pelo Reino Unido e se apoia principalmente no Artigo 58 da CNUDM sobre a zona econômica exclusiva, onde:

> […] todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral, gozam, nos termos das disposições da presente Convenção, das

17 BASTOS, Fernando Loureiro. O contributo do Tribunal Internacional do Direito do Mar para a clarificação dos poderes dos Estados costeiros na zona económica exclusiva. In: RIBEIRO, Marta Chantal (Coord.). **20 Anos da entrada em vigor da CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar**. Porto: CIIMAR - FDUP, 2015. p. 41.

18 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. 10 dezembro 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaonacoesunidassobredireitomar.pdf>. Acesso em: 04 setembro 2018.

> liberdades de navegação e sobrevoo […] bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos.[19]

Porém, esse entendimento também encontra forte oposição da China no cenário internacional, como diz o Yoshifumi Tanaka sobre no que consiste o posicionamento chinês:

> De acordo com esta posição, "liberdades de navegação e sobrevoo" na ZEE e o termo "outros usos do mar internacionalmente lícitos" não incluem a liberdade de conduzir atividades militares e de reconhecimento na ZEE de outro Estado. Além disso, a linha da distinção entre pesquisa científica marinha e pesquisa militar pode ser difícil de determinar porque os meios de coleta de dados usados em pesquisas científicas marinhas e pesquisas militares podem às vezes ser os mesmos e a diferença consiste apenas na motivação da pesquisa. (tradução nossa)[20]

Também pode-se destacar que as controvérsias quanto aos direitos sobre a utilização das zonas econômicas exclusivas são academicamente pulverizadas por conta de sua pluridimensionalidade política, dos 159 Estados que ratificaram a Convenção de Direitos do Mar, 106 Estados anexaram em seus instrumentos de ratificação algum tipo de declaração para resguardar seus devidos interesseis nacionais. Como exemplificado por Maria Gavouneli:

> […] em uma declaração feita no momento da assinatura da Convenção do Direito do Mar, o Chile reafirmou seu entendimento singular de que a zona econômica exclusiva tem conotações

[19] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *op. cit.*

[20] "According to this position, 'freedom of navigation and overflight' in the EEZ and the term 'other internationally lawful uses of the sea' do not include the freedom to conduct military and reconnaissance activities in the EEZ of another State. Furthermore, the line of the distinction between marine scientific research and a military survey may be difficult to determine because the means of data collection used in marine scientific research and military surveys may sometimes be the same and the difference consists only in the motivation for the survey.". TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 344-345.

> territoriais enquanto que a Alemanha, numa longa declaração, parecia claramente contrária a qualquer reivindicação de soberania.[21]

E bem como explica Natalie Klein, ao concluir sua análise sobre a falta de consenso das nações presentes na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar:

> […] o fracasso dos Estados em chegar a um acordo sobre delimitação marítima não é geralmente devido a uma diferença de interpretação sobre as regras do direito internacional, mas uma diferença de opinião sobre o que constitui uma solução equitativa.[22]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levando em consideração que atualmente não há previsão expressa em tratados internacionais multilaterais de âmbito mundial amplamente ratificados que tratem sobre a temática, a única possibilidade de uma eventual proibição de atuação militar por parte dos Estados costeiros em suas zonas econômicas exclusivas seria por uma eventual aplicação análoga de alguma norma costumeira do Direito Internacional.

Mas mesmo caso essa hipótese seja concretizada algum dia, o Brasil, por ter expressamente, consistentemente e reiteradamente declarado seu posicionamento oficial quanto ao tema, se tornaria o que chamamos no Direito Internacional de objetor persistente.

Conceitualmente, nas palavras de Eduardo Correia Baptista, a figura do objetor persistente apenas existe quando um Estado "furtar-se à obrigatoriedade de uma norma costumeira sob condição de a ter rejeitado, de forma persistente e consistente, ainda no seu período de formação"[23]. Corroborando com a atuação diplomática do Brasil, que desde 22 de Dezembro de 1982, se utilizando do Artigo 310 da Convenção de Direitos do Mar das Nações Unidas[24], declarou expressamente o entendimento que é proibido o exercício de

[21] "[…] in a statement made at the time of signing the Law of the Sea Convention, Chile reaffirmed its unique understanding that the exclusive economic zone has territorial connotations whereas Germany, in an equally lengthy statement, appeared clearly opposed to any claim of sovereignty.". GAVOUNELI, Maria. **Functional Jurisdiction in the Law of the Sea**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 90.

[22] "[…] the failure of States to arrive at an agreement on maritime delimitation is not usually because of a difference in interpretation over the rules of international law but a difference of opinion on what constitutes an equitable solution." KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 248.

[23] BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público vol. 1**. Lisboa: AAFDL Editora, 2015. p. 135.

[24] REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *op. cit.*

manobras ou atividades militares de países terceiros nas zonas econômicas exclusivas sem o consentimento dos países costeiros e que possui a liberdade e o direito exclusiva de utilizá-la sob qualquer natureza ou propósito.

Portanto, permitindo o exercício pleno de atividades militares e medidas de segurança apenas marítimas no território costeiro em toda a sua extensão da "Amazônia Azul", visto que o exercício da soberania na zona econômica exclusiva já é um direito multilateralmente reconhecido e expresso pelo Artigo 56 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Com as considerações tecidas até então, se conclui que apesar de cada Estado costeiro ter internacionalmente reconhecido o seu direito de exercer soberania sobre sua zona econômica exclusiva, a jurisdição da mesma para a resolução de disputas entre Estados dos direitos residuais fica primordialmente, embora não absolutamente, sob a tutela de cortes e tribunais internacionais a julgar de acordo com a jurisprudência internacional.

5. REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público vol. 1**. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.

BAPTISTA, Eduardo Correia. **Direito Internacional Público vol. 2**. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.

BARBOSA, Marcelo de Souza. **Gerenciamento da Costa Brasileira e o Direito do Mar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BASTOS, Fernando Loureiro. O contributo do Tribunal Internacional do Direito do Mar para a clarificação dos poderes dos Estados costeiros na zona económica exclusiva. In: RIBEIRO, Marta Chantal (Coord.). **20 Anos da entrada em vigor da CNUDM: Portugal e os recentes desenvolvimentos no Direito do Mar**. Porto: CIIMAR - FDUP, 2015.

BATEMAN, Sam. Surveying in the Exclusive Economic Zone: Possible Guidelines for Rights and Duties. **International Hydrographic Review**, v. 7, n. 1, p. 31-48, 2006.

BOCZEK, Boleslaw Adam. Peacetime Military Activities in the Exclusive Economic Zone of Third Countries. **Ocean Development & International Law**, v. 19, p. 445-468, 1988.

CARIDADE DE FREITAS, Pedro. **História do Direito Internacional Público – Da Antiguidade à II Guerra Mundial**. Cascais: Principia, 2015.

CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005.

DIONISIO DA SILVA, Daniele. **O Atlântico de Língua Portuguesa em Perspectiva Comparada de Segurança e Defesa - Dos Documentos Políticos às Elaborações Estratégicas (1996 a 2013)**. 2015. 340 f. Tese (Doutorado em História Comparada) - Instituto de História, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2015.

DUTTON, Peter (Org.). **Military Activities in the EEZ: A U.S. - China Dialogue on Security and International Law in the Maritime Commons**. Newport: Naval War College Press, 2010.

GALDORISI, George V. e KAUFMAN, Alan G. Military Activities in the Exclusive Economic Zone: Preventing Uncertainty and Defusing Conflict. **California Western International Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 253-302, 2002.

GAVOUNELI, Maria. **Functional Jurisdiction in the Law of the Sea**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

GONSALVES, Elisa Pereira. **Conversas sobre Iniciação à Pesquisa Científica**. Campinas: Editora Alínea, 2003.

GONÇALVES, Joanisval Brito. Direitos Brasileiros de Zona Econômica Exclusiva e de Plataforma Continental em Torno do Arquipélago de São Pedro e São Paulo. Brasília, **Consultoria Legislativa do Senado Federal**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/130>. Acesso em 08 abril 2017.

GUILFOYLE, Douglas. **Shipping Interdiction and the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HARRISON, James. **Making the Law of the Sea.: A Study in the Development of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HOFFMAN, Albert. Freedom of Navigation, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2011. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 01 janeiro 2017.

GENG, Jing. The Legality of Foreign Military Activities in the Exclusive Economic Zone under UNCLOS. **Merkourios-Utrecht Journal of International and European Law**, v. 28, n. 74, p. 22-30, 2012.

KARAMAN, Igor V. **Dispute Resolution in the Law of the Sea**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

KLEIN, Natalie. **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

KLEIN, Natalie. **Maritime Security and the Law of the Sea**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

NDIAYE, Tafsir Malick e WOLFRUM, Rudiger (Orgs.). **Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

NELSON, Dolliver. Exclusive Economic Zone, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2008. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1199>. Acesso em: 01 janeiro 2017.

OXMAN, Bernard H. The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea. **Virginia Journal of International Law**, v. 24, p. 809-864,1983.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar**. 10 dezembro 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaonacoesunidassobredireitomar.pdf>. Acesso em: 01 janeiro 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre o Alto Mar**. 28 outubro 1958. Disponível em: <http://www.aquaseg.ufsc.br/files/2011/07/Conven_Alto_mar_1958.pdf>. Acesso em: 01 janeiro 2017.

PEDROZO, Raul. Military Activities in the Exclusive Economic Zone: East Asia Focus. **International Law Studies**, vol. 90, p. 514-543, 2014.

PEREIRA DA SILVA, Alexandre. **O Brasil e o Direito Internacional do Mar Contemporâneo: novas oportunidades e desafios**. São Paulo: Almedina Brasil, 2015.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientação para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 02 janeiro 2017.

RANGEL DE MESQUITA, Maria José. **Justiça Internacional – Lições: Parte 1 – Introdução**. Lisboa: AAFDL Editora, 2010.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n.º 21.713**. 1946.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n.º 99.165**. 1990.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Livro Branco de Defesa Nacional**. 2012.

SHAW, Malcolm Nathan. **Manual de Direito Internacional**. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010.

SHEARER, Ivan. Military Activities in the Exclusive Economic Zone: The Case of Aerial Surveillance. **Ocean Yearbook**, v. 17, p. 548-562, 2003.

TANAKA, Yoshifumi. **The International Law of the Sea**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TREVES, Tullio. High Seas, Oxford, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2009. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/>. Acesso em: 03 abril 2017.

WIESEBRON, Marianne. Amazônia Azul: Pensando a Defesa do Território Marítimo Brasileiro. Austral: **Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais**, v. 2, n. 3, p. 107-131, 2013.

Querela nullitatis insanabilis como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional superado o prazo decadencial bienal da ação rescisória

Poliana Cristina Gonçalves[1]

Fabrício Veiga Costa[2]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Controle de constitucionalidade como garantia assecuratória da *querela nullitatis insanabilis*. 3. Da coisa julgada constitucional. 3.1. Da Imutabilidade da coisa julgada constitucional. 4. Ação rescisória x ação anulatória x querela nullitatis insanabilis. 5. *Querela nullitatis insanabilis* como instrumento de desconstituição de julgados acobertados pela coisa julgada inconstitucional após o prazo bienal da ação rescisória. 5.1. Aplicação da *Querela Nullitatis Insanabilis* como garantia do Princípio da Segurança Jurídica. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva verificar se a *querela nullitatis insanabilis* subsiste no Direito Processual civil brasileiro, como instrumento de relativização da coisa julgada diante de sua inconstitucionalidade, mesmo que inexistente de previsão legal expressa partindo de uma análise comparada com o novo diploma processual civil, o qual prevê que a desconstituição da coisa julgada inconstitucional ficou adstrita à propositura da ação rescisória no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015), sob pena de se transformar a coisa julgada inconstitucional em soberanamente julgada, conforme entendimento do guardião da Constituição.

O sistema jurídico brasileiro prevê através do art. 5º XXXVI da CF, a garantia da coisa julgada tornando indiscutível e imutável a decisão de mérito que não caiba mais recurso, conforme previsão do artigo 502 do Código de Processo Civil, contudo, isto não garante, em

[1] Professora no Centro Universitário de Patos de Minas/MG - UNIPAM. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna/MG - UIT.

[2] Pós-Doutor em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Professor do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Itaúna/MG – UIT.

absoluto, que a coisa julgada não esteja sujeita a desconstituição através da ação rescisória ou *querela nulitatis insanabilis*, quando tratar-se de coisa julgada inconstitucional, caso excepcional em que a coisa julgada será relativizada.

O cabimento do remédio processual da *querela nullitatis insanabilis* será fundamentado no fato de que a decisão de mérito inconstitucional não poderá surtir efeitos, visto que a inconstitucionalidade reconhecida em controle de constitucionalidade difuso ou coletivo, tornou a mesma inexistente ou nula *ipso iure,* sendo que o referido remédio processual, por vez, tem o objetivo de sanar tal vício, ora considerado insanável, desconstituindo a coisa julgada que acobertou a referida decisão de mérito em razão da inconstitucionalidade em que se fundamentou, e consequentemente contaminou todos os demais atos processuais posteriores, devendo o processo retornar ao *status quo ante,* a fim de ser preservada a segurança jurídica, pois não há segurança onde há inconstitucionalidade, e se o ato judicial contrariou a Constituição Federal, este não será intangível, imutável nem precluirá com o tempo, só devendo ser reconhecida soberania da coisa julgada quando tratar-se de decisão constitucional e jamais inconstitucional.

No que se refere à metodologia, utilizou-se o método dedutivo, analisando o Código de Processo Civil como instrumento de relativização da coisa julgada, o qual elenca como um dos meios de impugnação da coisa julgada inconstitucional a ação rescisória, esta adstrita ao prazo decadencial de dois anos a partir do trânsito em julgado decisão de inconstitucionalidade do STF, partindo para uma análise específica sobre vício insanável/transrescisório, pressuposto da propositura da ação de *querela nullitatis insanabilis,* a qual não se vincula a preclusão temporal, conquanto devem ser respeitas as garantias constitucionais, notadamente a coisa julgada constitucional e não a inconstitucional sob argumento da coisa soberanamente julgada, aproveitando-se para tanto de uma pesquisa teórico-bibliográfica, através do exame de fontes de autores/pesquisadores que discutem o tema abordado de maneira direta ou indireta.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA ASSECURATORIA DA *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*

Em nosso ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade é o instrumento que garante a supremacia e defesa das normas constitucionais, buscando sempre reprimir aquilo que é inconstitucional.

Vale destacar que tal controle só é possível perante um ordenamento jurídico positivado, dentro de uma constituição rígida, que é o caso da constituição brasileira, uma vez que a mesma possui clausulas pétreas, normas e princípios imutáveis, que se sobrepõem perante as demais leis e normas, mostrando assim a sua superioridade, o que pode se dar através do controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ocorrer de forma preventiva ou repressiva, sendo que o controle de forma repressiva é realizado, em regra no ordenamento jurídico, pelo poder judiciário, na medida em que "retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrários à Constituição" (MORAES, 2016, p. 1123), e excepcionalmente pelo poder legislativo, e aquele é realizado pelos poderes executivo e legislativo, "evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico" (MORAES, 2016, p. 1123), importando aqui o controle de constitucionalidade repressivo judiciário, que é aquele exercido no Brasil tanto de forma difusa quanto concentrada, predominando, porém, o sistema misto.

O controle de constitucionalidade difuso, também denominado aberto ou controle por via de exceção ou defesa, é aquele cujo meio de impugnação do ato inconstitucional se dá incidentalmente no curso do processo, e caracteriza-se pela possibilidade de qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto o controle de constitucionalidade, e observadas as regras de competência, do referido controle de constitucionalidade, ressaltando que o ato ou lei tido como inconstitucional, permanecerá válido perante terceiros, já que os efeitos da sentença são, via de regra, *inter partes*, ou seja, somente para as partes que litigaram em juízo, produzindo, também via de regra, efeitos retroativos *(ex tunc)*, já que o Supremo Tribunal Federal já modulou os efeitos neste tipo de controle. Para que a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso tenha efeitos *erga omnes*, tal decisão deve ser definitiva, tomada pela maioria absoluta do pleno do tribunal, e o Senado, com base no artigo 52, X, da Constituição, deve suspender a sua execução por resolução, onde os efeitos, nesse caso, além de *erga omnes* serão também *ex nunc*.

Já o controle de constitucionalidade concentrado fica a cargo de somente um órgão, sendo somente o Supremo Tribunal Federal, legitimado para exercer tal controle de constitucionalidade, a fim de conferir eficácia *erga omnes* e que o efeito da decisão por ele proferida no caso concreto se estendesse a demais casos semelhantes, podendo o fazer por meio dos seguintes instrumentos processuais: ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação

Querela nullitatis insanabilis como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional superado o prazo decadencial bienal da ação rescisória
declaratória de constitucionalidade da ação direta interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É clara a diferenciação entre o controle difuso e concentrado e Barroso elucida (2012, p. 69-70):

> Diz-se que o controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, consequentemente, a sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte. (…) No sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade a sua função principal.

No controle concentrado de constitucionalidade, os efeitos da decisão tem efeito *erga omnes* e são retroativos, tornando o ato nulo. O artigo 27 da Lei 9.868/99, contudo, estabelece a exceção ao facultar ao Supremo Tribunal Federal, em caso de segurança jurídica ou excepcional interesse social, por maioria qualificada de dois terços de seus membros, restringir no tempo os efeitos da decisão, que terá sua eficácia determinada a partir do momento que os ministros fixarem. Ou seja, o referido dispositivo pretende conceder à corte a capacidade de restringir e limitar o campo temporal pretérito sobre o qual os efeitos da decisão de inconstitucionalidade incidirão. Assim, os ministros podem determinar uma data específica a partir da qual a decisão começará a produzir efeitos, com o objetivo de preservar atos jurídicos que eventualmente tenham sido celebrados ainda sob a vigência da lei ou ato inconstitucional questionado.

Luis Roberto Barroso traduz com maestria o descrito (2012, pp. 238-239):

> O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderado como excessivo ou insuportável, ou ainda, impedindo a retroação sobre determinado tipo de situação; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e c) até mesmo fixe algum momento específico como marco inicial para a produção dos efeitos da decisão, no passado ou mesmo no futuro, dando à norma uma sobrevida.

Em geral em se tratando do efeito das decisões em sede de controle de constitucionalidade, fica firmado que no controle difuso, os efeitos são produzidos *inter partes* e *ex tunc* (retroativos à edição da lei inconstitucional) sendo que no controle difuso com

resolução do Senado os efeitos atingem todos (*erga omnes*) e *ex nunc* (a partir da resolução), já no controle concentrado, os efeitos da decisão são *erga omnes* e *ex tunc* e independem de resolução do Senado para suspensão da lei e para tais efeitos serem modulados no tempo, os efeitos *erga omnes* passam a contar da data fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

3. COISA JULGADA CONSTITUCIONAL

Adentrando no campo da coisa julgada que nada mais é que uma garantia constitucional explicita no artigo 5º, inciso XXXVI da nossa constituição federal: "A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (BRASIL, 1988), e também nos artigos 502 e 508 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

A coisa julgada é uma qualidade conferida à sentença judicial irrecorrível ou seja aquela que não cabe mais recursos, tornando-a imutável e indiscutível, sendo, pois, um instituto que visa gerar segurança jurídica às decisões judiciais, para evitar que os conflitos se perpetuem no tempo e conferir segurança aos julgados, evitando que litígios idênticos sejam novamente ajuizados, trazendo desordem e discussões sem fim, que já haviam sido solucionadas em casos semelhantes.

Sempre lembrando que a coisa julgada está estritamente ligada às decisões judiciais, pois somente um decisão judicial pode tornar-se indiscutível, sendo que sua origem está no direito romano (*res judicata),* e não diferentemente de hoje, se fundamentava na pacificação social e certeza do final do processo, a chamada segurança jurídica, que nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier (2005, p; 547):

> Trata-se de instituto que tem em vista gerar segurança. A segurança, de fato, é um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito. O homem sempre está a procura de segurança e o direito é um instrumento que se presta, em grande parte, ao atingimento desse desejo humano. Por meio do direito, procura-se tanto a segurança no que diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, quanto no que tange às relações jurídicas individualizadas. É quanto a esta espécie de segurança que a coisa julgada desempenha o seu papel.

Esclarece que em nosso ordenamento jurídico possui duas espécies de coisa julgada, a coisa julgada formal e material. Sendo que a coisa julgada formal ocorre quando a sentença não pode mais ser modificada dentro do mesmo processo, podendo, contudo, ser discutida em outra ação.

Na visão Humberto Theodoro Junior (2004, p. 482),

> A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

Na visão de Marinoni coisa julgada formal é uma espécie de preclusão e a denomina de preclusão máxima, a caracterizando-a como a última preclusão temporal do processo, deixando claro seu posicionamento de que nenhum outro ato processual poderia ser realizado dentro daquela determinada relação jurídico-processual, porque a sentença de mérito tornou-se imutável (2016, p. 600), sendo que imutabilidade da decisão dentro do processo significa dizer que houve esgotamento da função jurisdicional pelo Estado (SANTOS, 1973, p. 66).

Cândido Rangel Dinamarco, comunga do mesmo entendimento:

> Coisa julgada formal é a imutabilidade da sentença como ato jurídico processual. Consiste no impedimento de qualquer recurso ou expediente processual destinado a impugná-la, de modo que, naquele processo, nenhum outro julgamento se fará. No processo em que se deu a coisa julgada formal, o ato jurídico sentença é representado pela sentença ou acórdão que, por não comportar recurso algum, haja transitado em julgado. A coisa julgada formal é um dos aspectos do instituto da coisa julgada e opera exclusivamente no interior do processo em que se situa a sentença sujeita a ela. (2002, p. 297)

Frisando que a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser modificada em nenhum outro processo, o artigo 502 do Código de Processo Civil nos traz sua definição claramente, o qual estabelece que: *"*Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*"*. (BRASIL, 2015)

Analisando de outra maneira é o mesmo que dizer que a coisa julgada material advém de uma sentença de mérito, como nas hipóteses estabelecidas pelo diploma processual civil e a partir do trânsito em julgado material "a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida", conforme estipulado no artigo 503 do código processual civil (BRASIL, 2015), não podendo a mesma demanda ser submetida à apreciação do poder judiciário por mais de uma vez, diferentemente da coisa julgada formal.

3.1 Da imutabilidade da coisa julgada constitucional

O Código de Processo Civil nos apresenta uma brecha na imutabilidade da coisa julgada material, ao estabelecer que a coisa julgada inconstitucional tratada em seus artigos 525, §12 e 535, §5º e nos respectivos §§15 e 8º traz expressamente a possibilidade de manejo da ação rescisória diante de uma decisão transitada em julgado contrária ao texto constitucional, respeitado o prazo bienal do trânsito em julgado da decisão em controle concentrado ou difuso proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tornando manifesta a perda da imperatividade e dos efeitos do comando da sentença e por outro lado, assegurando a interposição do remédio processual em decorrência do princípio da segurança jurídica e em razão da efetividade das decisões judiciais.

A relativização da coisa julgada é algo que ocorre em nosso ordenamento jurídico à bastante tempo, sendo a mesma adotada pela Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 884, §5º desde 2001 e já defendida por Coqueijo Costa (1978, p. 390) quando dizia que *"a coisa julgada é qualidade da sentença e de seus efeitos , e não efeito da sentença. Consiste, pois, em uma qualidade: a imutabilidade da sentença e seus efeitos, ou seja, a autoridade, e resulta dessa imutabilidade"*.

O código processual civil vigente, no artigo 525, §§12, 14 e 15, bem como no artigo 535, §§ 5º, 7º e 8º, nos trouxe a forma processual a ser seguida pelo interessado diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, desta forma, **se anterior**

ao trânsito em julgado da sentença exequenda, o manejo será de embargos ou impugnação; e se após o trânsito em julgado, deverá ser interposta ação rescisória.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) possui o entendimento consolidado de que não teria cabimento a propositura da *querela nullitatis insanabilis*, a qual não está adstrita a prazo decadencial e prescricional, donde a coisa julgada inconstitucional, caso não interpelada no prazo bienal através de ação rescisória, estaria acobertada neste caso pela coisa soberanamente julgada.

Sob o mesmo fundamento:

> Passando em julgado a sentença ou acórdão, há um julgamento com força de lei entre as partes, a que estas se encontram vinculadas imutavelmente.
> Permitido está, no entanto, que se ataque a 'res iudicata' (...), principalmente através de ação rescisória. (...).
> Esse prazo é de decadência e seu 'dies a quo' se situa na data em que ocorreu a 'res iudicata' formal. (...).
> Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa 'soberanamente' julgada, o que também se verifica depois de transitada em julgado decisão declarando improcedente a rescisória. (MARQUES, 2000).

Contudo em sede de controle de constitucionalidade vigora, em regra, o princípio da nulidade, onde a decisão que considera a lei inconstitucional transitada em julgado, esta tem eficácia plena, e como bem asseverou o Ministro Moreira Alves em parecer datado de 11 de novembro de 1975 relativamente à questão submetida à Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal Federal, conforme citado por Gilmar Mendes e Ives Gandra:

> Se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos (apud 2005, p. 477).

Observa-se que o afastamento do princípio da nulidade, ou a modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrerá somente no caso de restar evidenciado que a declaração de inconstitucionalidade trará danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social.

4. AÇÃO RESCISÓRIA X AÇÃO ANULATÓRIA X QUERELA NULLITATIS INSANABILIS

Inicialmente cumpre esclarecer que a ação rescisória e a ação anulatória estão expressamente previstas no ordenamento jurídico, sendo que esta não interessa ao presente trabalho, mas por vez conceitua, como sendo aquela que pode ser autônoma, observando o procedimento ordinário ou incidental, ao seguir o procedimento da ação principal, deve ser ajuizada em primeira Instância, ela tem a finalidade de extinguir o ato jurídico que possui algum vicio, tornando-o inválido, sem atingir diretamente a sentença, mas tão somente o ato vicioso, fazendo uma resalva de que deve ser sempre observado o prazo prescricional vinculado ao direito invocado.

Já a ação rescisória por sua vez trata-se de uma demanda autônoma de impugnação, apurada através de um novo processo, que possui natureza jurídica desconstitutiva ou constitutiva negativa, tendo em vista possuir como finalidade precípua a supressão da coisa julgada material.

Assim, define-se: "(...) a ação rescisória como demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejulgamento da matéria neles apreciada" (CÂMARA, 2007, p. 30).

E acrescentando, "ajuizada a ação rescisória, instaura-se, então, um processo autônomo em relação àquele em que se proferiu a decisão que se quer rescindir. E este novo processo, indubitavelmente, terá natureza cognitiva" (CÂMARA, 2007, p. 40).

Para ajuizamento da Ação Rescisória perante o tribunal competente, é necessário preencher requisitos específicos e taxativos do artigo 966 do Código de Processo Civil e a observância do prazo prescricional de 02 (dois) anos que serão contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo ou conforme artigo 525, §§ 12 e 15 do mesmo diploma legal, que interessa ao presente trabalho, o prazo bienal será contado do trânsito em julgado da decisão que julgou o ato normativo ou lei inconstitucional proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A *Querela Nullitatis Insanabilis*, apesar de não possuir previsão na lei processual, advém da formação de jurisprudências, diante da falta de procedimento recursal para atacar sentenças com nulidades insanáveis, onde a principal distinção com a ação Rescisória está no fato de que nesta tem-se uma sentença transitada em julgado fundada em *errores in procedendo* e *in judicando*, fazendo assim coisa julgada material e que obrigatoriamente está atrelado ao prazo decadencial de dois anos, já a *querela nullitatis insanabilis*, visa atacar vícios

transrescisórios[3] de natureza de *error in procedendo*[4], e não está vinculada a preclusões temporais, podendo ser ajuizada a qualquer momento, após a constatação da nulidade insanável.

A fim de diferenciar *error in procedendo* e *error in judicando*[5], apresenta-se ensinamento de Barbosa Moreira (2005, p. 267):

> O *error in procedendo* implica em vício de atividade (v.g., defeitos de estrutura formal da decisão, julgamento que se distancia do que foi pedido pela parte, impedimento do juiz, incompetência absoluta) e por isso se pleiteia neste caso a invalidação da decisão, averbada de ilegal, e o objeto do juízo de mérito no recurso é o próprio julgamento proferido no grau inferior.
>
> O *error in iudicando* é resultante da má apreciação da questão de direito (v.g., entendeu-se aplicável norma jurídica impertinente ao caso) ou de fato (v.g., passou despercebido um documento, interpretou-se mal o depoimento de uma testemunha), ou de ambas, pedindo-se em conseqüência a *reforma* da decisão, acoimada

---

[3] O objeto da *querela nullitatis insanabilis* são os chamados vícios transrescisórios, ou seja, defeitos que transcendem a competência material para manejo da ação rescisória, não sendo convalidados automaticamente pelo instituto da preclusão ou decadência. Os vícios transrescisórios tem natureza de *error in procedendo*, ou seja, vícios de atividade, em que o juiz, ao formular a regra jurídica concreta para disciplinar a situação jurídica levada ao seu conhecimento, aprecia corretamente a prova, e aplica bem a lei, contudo, deixa de sanear integralmente o processo, omitindo-se acerca de possíveis nulidades que o tenha atingido.Para sanar tais máculas, o ordenamento processual pátrio dispõe de uma vasta gama de remédios à disposição do interessado/prejudicado, sendo:

a) preliminares em contestação (art. 337 do CPC);
b) arguição de exceções (art. 64 e 140 do CPC);
c) diversos recursos (arts. 994e seguintes do CPC);
d) ação rescisória (arts. 966 e seguintes do CPC);
e) ação de embargos à execução (arts. 914 e seguintes do CPC);
f) Impugnação ao cumprimento de sentença (artigos 525 e seguintes e 535 e seguintes)

Por vez o manejo da querela nullitatis ultrapassa todos os prazos prescricionais, decadenciais e preclusões temporais através da perspectiva lógica, onde atos eivados de vícios transrescisórios podem ser atacados a qualquer tempo, com base no próprio princípio da segurança jurídica.

[4] "A ação de *querela nullitatis* é remédio vocacionado ao combate de sentença contaminada pelos vícios mais graves dos erros de atividade (*errores in procedendo*), nominados de vícios transrescisórios, que tornam a sentença inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo". (STJ, 4ª turma, REsp 1201666/TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/06/2014, DJE 04/08/2014). (CAPUTO, 2016. p. 1003)

[5] Explicando de modo simples: O erro *in procedendo* consiste no erro do juiz ao proceder. É um erro de forma. O magistrado inobserva os requisitos formais necessários para a prática do ato, culminando num decisório nulo.

O *erro in judicando* consiste no ato pelo qual o juiz se equivoca quanto à apreciação da demanda, seja porque erra na interpretação da lei, seja por que não adequa corretamente os fatos ao plano abstrato da norma. O magistrado erra ao julgar.

> de *injusta*, de forma que o objeto do juízo de mérito no recurso identifica-se com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior da jurisdição.

Elpídio Donizetti (2016, p. 1231-1232) arremata:

> Ao interpor o recurso, como mencionado, objetiva o recorrente a reforma, a anulação, o esclarecimento ou a integração do julgado. O que dá ensejo ao pedido de reforma do julgamento é a injustiça da decisão recorrida, a má apreciação da prova e do direito aplicado, em última análise, o erro ao julgar (*error in judicando*). A anulação pode ser pleiteada quando há vício formal na própria decisão, erro de procedimento (*error in procedendo*) e quando, por exemplo, a decisão não foi devidamente fundamentada (art. 489, § 1º).

No CPC vigente, o meio de desconstituição da coisa julgada inconstitucional será a ação rescisória, conforme o momento da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sendo a *querela nullitatis insanabililis* outro meio cabível para desconstituir uma decisão inconstitucional que transitou em julgado, mesmo tendo ultrapassado o prazo decadencial bienal, entendimento que deve ser sedimentado a partir de uma análise do controle de constitucionalidade e da aplicação do princípio da segurança jurídica e da efetividade das decisões judiciais.

5. *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS* COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DE JULGADOS ACOBERTADOS PELA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL APÓS O PRAZO BIENAL DA AÇÃO RESCISÓRIA

Surge em nosso ordenamento jurídico a hipótese de uma demanda em que a sentença já transitada em julgado, teve como fundamento lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*, o que ocorre com mais frequência em ação direta de inconstitucionalidade, que além de alcançar a todos, produz, em regra, efeitos *ex tunc*,, alcançando todas as relações jurídicas constituídas sob a

vigência daquela lei.

O Código de Processo Civil colocou fim ao cabimento da *querela nullitatis insanabilis,* uma vez que tão somente dispõe sobre o ajuizamento de ação rescisória no prazo bienal a contar da decisão proferida Supremo Tribunal Federal, tratando-se de controle concentrado ou difuso, em que foi declarada a inconstitucionalidade da norma. Vale destacar que o CPC considera inexigível a obrigação reconhecida nesse tipo de título executivo judicial.

O mais novo posicionamento é de que o Código de Processo Civil, aproveitando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, colocou fim à lacuna legislativa antes existente sobre o cabimento ou não da *querela nullitatis insanabilis:*

> a) é possível a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal (artigos 525, §13 e 535, §6º.);
> b) a decisão do Supremo, objeto da impugnação, deve ser anterior ao trânsito em julgado da sentença a ser executada (artigos 525, §14 e 535, §7º.);
> c) se a decisão a ser executada for proferida posteriormente ao trânsito em julgado, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF (artigos 525, §15 e 535, §8º.). (LIMA, 2015)

O Código de Processo Civil de 1973, não deixava uma lacuna sobre qual era o remédio processual cabível para desconstituir decisão transitada em julgada inconstitucional, e atualmente com no CPC o tipo processual a ser interposto pelo interessado, vai depender do momento da declaração da inconstitucionalidade dada pelo STF: **"se anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda, permite-se o ajuizamento de embargos ou impugnação. Contudo, se posterior ao trânsito em julgado, admite-se a ação rescisória"** (LIMA, 2015)

O CPC veio com a intenção de abolir a *querela nullitatis* e permitir a relativização da coisa julgada apenas no limite do prazo decadencial bienal para propositura da ação rescisória, optando desta forma, por não admitir a perpetuação de uma ordem jurídica inconstitucional, mas sim, tentar garantir uma ordem jurídica estável, conforme o entendimento consagrado na jurisprudência do STF, contudo, não é o que prospera, uma vez que, deve ser levado em consideração a efetivação da constitucionalidade, que conforme mencionado por Paulo Otero (1993, p .120), onde "as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente".

A constitucionalidade da coisa julgada é uma garantia jurídica da Constituição Federal e a lei ou ato normativo inconstitucional é eivado de nulidade, estando sujeito "em regra

geral, aos princípios aplicáveis a quaisquer outros actos jurídicos inconstitucionais" (OTERO, 1993, p. 85), e mais a constitucionalidade "decorre do sistema geral de nulidades – vício que contamina os atos inconstitucionais -, não sujeitas à prescrição". (THEODORO JÚNIOR; FARIA, 1991).

Interpretando o código processual civil, e a própria constituição, fica a impressão de que o controle de constitucionalidade no direito brasileiro, somente terá eficácia enquanto não operada a coisa soberanamente julgada[6], uma vez que passado o prazo bienal, esta se torna imutável mesmo quando eivada de inconstitucionalidade, violando, desta forma a supremacia da Constituição Federal, uma que decisão contrária aos valores e princípios consagrados na Constituição Federal fique atrelada a preclusão temporal para alegação, sendo certo que a coisa julgada não pode superar a lei, em matéria de inconstitucionalidade, já que se assim for, estar-se-á transformando aquela em um instituto jurídico mais elevado que a própria Constituição Federal.

Desta forma depreende-se que a admissão da ação rescisória não é o único remédio processual para atacar inconstitucionalidade de ato normativo ou lei, conquanto o que se defende é que a coisa julgada deve sim existir, contudo a coisa julgada constitucional e não a inconstitucional, razão pela qual se mostra cabível a *querela nullitatis insanabilis* a qual não está adstrita à prazo decadencial/prescricional, podendo ser alegada em qualquer tempo com fundamento no princípio da máxima efetividade e força normativa da constituição, e como meio de assegurar a soberania constitucional, ressalvando que o seu cabimento não será cumulativo com a ação rescisória, mas sim, sucedâneo dela após o escoamento do prazo legal, contados a partir do trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

5.1 Aplicação da *Querela Nullitatis Insanabilis* como garantia do Princípio da Segurança Jurídica

[6] Nas palavras de Sérgio Gilberto Porto (2011, p. 149/150), "pode-se dizer que a coisa 'soberanamente' julgada se configura quando a decisão atingiu a preclusão máxima na ordem jurídica, representada não apenas ela preclusão recursal, mas também pela incidência da decadência do direito de ação de invalidade desta, vez que a relação jurídica material normada pela decisão que transitou em julgado, não está mais sujeita a qualquer recurso, seja de instância ordinária ou extraordinária, bem como não se encontra mais a mercê de eventual demanda rescisória. Nesta última hipótese identifica-se uma espécie de trânsito em julgado superlativo, daí afirma-se presente a ideia de coisa 'soberanamente' julgada. Assim a ideia de coisa 'soberanamente' julgada representa, em realidade, a decadência do direito de ação de invalidar decisão transitada em julgado, daí, pois sua natureza decadencial, ou seja, consolida-se o direito pela inação e não pela impossibilidade de impugnação, em face do esgotamento dos meios impugnativos".

A segurança Jurídica é um principio constitucional implícito na Constituição Federal, mas por vez garantido a todo e qualquer cidadão. Em outras palavras, "a segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes" (NICOLAU JÚNIOR, 2004, p. 18/34).

Neste estudo observa-se que a coisa julgada inconstitucional não se convalida com o lapso temporal, podendo ser revista a qualquer tempo, por meio da *querela nullitatis,* buscando sempre a preservação da segurança jurídica no processo uma vez que a Constituição não pode acobertar inconstitucionalidades, haja vista que não há segurança onde há inconstitucionalidade, caso o ato judicial seja inconstitucional, este não será intangível, imutável nem precluirá com o tempo.

A relativização da coisa julgada também não afronta a segurança jurídica, porque é um instituto essencial para o progresso social, pois admitir decisões que não são constitucionais proporciona dúvidas em relação à supremacia da Constituição e coloca em xeque a função jurisdicional. Neste momento, é importante trazer à lume o pensamento do Dinamarco (2002, p. 249) assevera:

> Não há uma garantia sequer, nem mesmo a coisa julgada, que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação das demais ou dos valores que elas representam. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade humana e intangibilidade do corpo, etc... É imperioso equilibrar com harmonia as duas existências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insacrificável.

Pela ideia da segurança jurídica não se pode conceber que uma decisão judicial afronte a moralidade, legalidade, dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem que estar em harmonia com a decisão e assim gerará a segurança. A segurança jurídica não possui como significado a não mutabilidade do direito, mas o aprimoramento legislativo e o jurisprudencial. Os fenômenos sociais têm que ser acompanhados pelo direito, não podendo ficar estanque na história, e assim comprometeria a função do direito. As instituições jurídicas

têm que ser defendidas, mas a evolução tem que ocorrer mediante as necessidades das sociedades, todavia o direito sempre terá como regência os princípios fundamentais.

6. CONCLUSÃO

Pode-se dizer que a coisa julgada inconstitucional ocorre quando, uma decisão que transitou em julgado, fundada em uma lei ou ato normativo, em plena vigência e validade, vem posteriormente ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, gerando assim um efeito retroativo da lei, que retroage aos atos consagrados na vigência ilegal da norma. Neste contexto, a coisa julgada inconstitucional encontrar-se viciada, com o vicio insanável da nulidade *ipso iure*.

Por vez os vícios insanáveis (transrescisórios) não se convalidam com o decurso do lapso temporal marcado pelo tempo cronológico, conquanto as matérias violadas são de ordem pública, podendo serem alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, através da denominada *querela nullitatis insanabilis*, visando a preservação da segurança jurídica e do devido processo legal que foram afrontados pelos vícios transrescisórios. E mais, ao se diferenciar *error in procedendo e error in judicando* o fez com a finalidade de esclarecer que a ação rescisória pode ser manejada para rescindir sentenças advindas de qualquer deles, lembrando que para propositura desta deve ser observado o prazo decadencial bienal advindo da aplicabilidade do processo visto sob a ótica do tempo cronológico. Já a *querela nullitatis insanabilis* se presta a atacar tão somente sentenças eivadas de *error in procedendo* ou seja, os denominados, como dito, vícios insanáveis transrescisórios que não se legitimam com o tempo, visando garantir os direitos fundamentais.

Restou evidenciado que no Estado Democrático de Direito a concepção teórica mais adequada sobre o instituto da segurança jurídica decorre do entendimento de que o critério para assegurar o trânsito em julgado de uma decisão judicial é a sua constitucionalidade e não uma questão meramente cronológica e temporal.

Por fim o objetivo não é institucionalizar ou defender a idéia de insegurança jurídica mediante a possibilidade de revisão judicial indiscriminada de qualquer decisão judicial transitada em julgado, muito pelo contrário, o instituto da q*uerela nullitatis insanabilis*, sem previsão legal expressa no direito brasileiro é produto da construção doutrinário-jurisprudencial, e vem sendo estudado e defendido por juristas e doutrinadores com a finalidade de garantir a implementação do princípio da segurança jurídica ao impossibilitar

Querela nullitatis insanabilis como instrumento de desconstituição da coisa julgada inconstitucional superado o prazo decadencial bienal da ação rescisória

a imutabilidade e a indiscutibilidade (trânsito em julgado) de uma decisão judicial que tenha violado diretamente dispositivo constitucional.

Assim a *Querela Nullitatis Insanabilis* poderá ser proposta a qualquer tempo pela parte juridicamente interessada e será processada e julgada no mesmo juízo que seria competente para julgar a ação rescisória, tendo como objeto a alegação de vicio insanável e, em caso de procedência, terá como efeito a desconstituição da decisão judicial, sendo pois, um instrumento jurídico apto a garantir a coisa julgada constitucional, conquanto somente esta reveste-se da almejada imutabilidade trazida pelo legislador no texto constitucional.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988**.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Lei n. 9896 de 10 de novembro de 1999. Brasilia, **Diário Oficial da União**, 11 nov. 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 05 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimento no Recurso Extraordinário n. 592.912 - RS.** 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 03/04/2012 e publicado no DJE em 22/11/2012. Acesso em: 11 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Código de Processo Civil articulado**: remissões, referências, comentários e notas quadro comparativo. 2.ed. Leme(SP): JH Mizuno, 2016.

COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito judiciário do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol.3. 4. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2016.

LIMA, **João Paulo Monteiro de. A coisa julgada inconstitucional no novo CPC.** Publicado em 11/08/2015. Disponível em: <http://portalprocessual.com/a-coisa-julgada-inconstitucional-no-novo-cpc/>. Acesso em: 12 out. 2018

MARINONI, Luiz Guilherme; et al. **Novo código de processo civil comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. vol.3. 2.ed. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.5, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
NICOLAU JÚNIOR, Mauro. Segurança Jurídica e certeza do direito. Realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito? **Advocacia dinâmica**: seleções jurídicas, nº. 9, Set. de 2004.
OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.
PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. vol. 3. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. I. 41ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais Para Seu Controle. **Revista do Ministério Público n. 47,** publicada no 3º trimestre de 1991. Disponível em: <http://www.amprs.org.br /arquivos/revista_artigo/arquivo_1274905859.pdf> Acesso em: 05 out.2018.
WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol.1. *7* ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

9 788409 136780

UNIVERSIDADE LUSÓFONA DO PORTO

IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO DE ESTUDOS JURÍDICOS