

digital

O DIREITO ACTUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS NO LIMIAR DE UMA NOVA ERA

Direcção

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Coordenação

Catarina Santos Botelho



PORTO



*O DIREITO ACTUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS
NO LIMAR DE UMA NOVA ERA*

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Fotografia da capa · Brandi Redd on Unsplash
Direção · Rubén Miranda Gonçalves e Fábio da Silva Veiga
Coordenação · Catarina Santos Botelho

Data da edição · novembro 2017
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo
ISBN · 978-989-8835-33-8

Todos os direitos reservados aos editores da obra. Nenhuma parte da obra poderá ser reproduzida sem o consentimento expresso dos diretores.
Os Diretores e a Coordenadora não são responsáveis pelas opiniões, comentários ou manifestações dos autores representadas nos respectivos artigos.

O DIREITO ACTUAL E AS NOVAS FRONTEIRAS JURÍDICAS NO LIMIAR DE UMA NOVA ERA

Direcção

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Coordenação

Catarina Santos Botelho

COMITÉ CIENTÍFICO

André Lamas Leite

Universidade do Porto

Fábio da Silva Veiga

Universidade de Vigo

Angelo Viglianisi Ferraro

Università degli Studi Mediterranea, Italia

Fernando Aith

Universidade de São Paulo

Antonio Carlos Pereira Menaut

Universidad de Santiago de Compostela

Floriano de Azevedo Marques Neto

Universidade de São Paulo

António Gaio Junior

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Gabriel Martín Rodríguez

Universidad Europea de Madrid

Antonio Tirso Ester Sánchez

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Gilberto Atencio Valladares

Universidad de Salamanca

Gonzalo Martínez Etxeberria

Universidad de Deusto

Armando Luiz Rovai

PUC-SP/Mackenzie

Heron Gordilho

Universidade Federal da Bahia

Carlos García Soto

Universidad Monteávila, Venezuela

Irene Patrícia Nohara

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Catarina Santos Botelho

Universidade Católica Portuguesa, Portugal

Jaime Aneiros Pereira

Universidad de Vigo

Celso Hiroshi Iocohama

Universidade Paranaense, Brasil

João Proença Xavier

Universidade de Coimbra

Eliane Octaviano

Universidade Católica de Santos, Brasil

Joaquim Freitas da Rocha

Universidade do Minho

Emilia Santana Ramos

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

José Julio Fernández Rodríguez

Universidad de Santiago de Compostela

Enoque Feitosa Sobreira Filho

Universidade Federal da Paraíba

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova de Lisboa

Érica Guerra da Silva

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Julio Álvarez Rubio

Universidad de Cantabria

Lorena Freitas
Universidade Federal da Paraíba

Lorenzo Mateo Bujosa
Universidad de Salamanca

Lucas Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Luísa Neto
Universidade do Porto

Marco Aurélio Gumieri Valério
Universidade de São Paulo

Marcos Augusto Perez
Universidade de São Paulo

Margareth Vetis Zaganelli
Universidade Federal do Espírito Santo

Maria Cruz Barreiro Carril
Universidad de Vigo

Maria Manuela Magalhães
Universidade Portucalense

Maria Pilar Canedo
Universidad de Deusto

Pablo Fernández Carballo-Calero
Universidad de Vigo

Paulo de Tarso Domingues
Universidade do Porto, Portugal

Ricardo Gavilán
Universidad Nacional de Asunción

Rufina de la C. Hernández Rodríguez
Universidad de la Habana, Cuba

Rubén Miranda Gonçalves
Universidad de Santiago de Compostela

Salvador Tomás Tomás
Universidad de Murcia

Sheila Neder Cerezetti
Universidade de São Paulo

Sebastián Kiwonghi Bizawu
Escola de Direito Dom Helder

Viviane Côelho de Séllos Knoerr
Unicuritiba

Wagner Menezes
Universidade de São Paulo

Wilson Engelmann
Universidade do Vale do Rio Sinos

Zélia Luiza Pierdoná
Universidade Presbiteriana Mackenzie

ÍNDICE

<i>RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL</i>	· 11 ·
<i>Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos</i>	
<i>DIREITOS COLETIVOS COMO REALIDADE DIALÓGICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE: análise do papel do STF no julgamento do Recurso Extraordinário 440028</i>	· 27 ·
<i>Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
<i>O PAPEL DAS AUDITORIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS AMBIENTAIS DOS MUNICÍPIOS</i>	· 43 ·
<i>Camila Rabelo de Matos S. Arruda · Leticia Maria de Oliveira Borges</i>	
<i>O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO</i>	· 59 ·
<i>Flora Varela</i>	
<i>(RES) SIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS</i>	· 81 ·
<i>Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa · Wagner Vinicius de Oliveira</i>	
<i>LA RELACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN PORTUGAL</i>	· 99 ·
<i>Fábio da Silva Veiga</i>	
<i>IMPRESSÃO 3D E DIREITO DE AUTOR</i>	· 109 ·
<i>Maria Victoria Rocha</i>	
<i>INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS TOXICÔMANOS VERSUS POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS: EM QUAL PREVALECE OS DIREITOS HUMANOS?</i>	· 137 ·
<i>Margareth Vetis Zaganelli · Érica Bianchi Piva</i>	
<i>NANOFOOD E A RELEITURA DAS FONTES DO DIREITO: DO RISCO À REGULAÇÃO</i>	· 159 ·
<i>Gabrielle Kölling · Thiago de Paula Leite</i>	
<i>AS SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO</i>	· 177 ·
<i>Milena Barbosa de Melo · Nájila Bezerra</i>	
<i>UMA ANÁLISE SOBRE O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA</i>	· 197 ·
<i>Carla Sendon Ameijeiras Veloso · Hector Luiz Martins Figueira</i>	
<i>OS DIREITOS REPRODUTIVOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA EM FACE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE EDIÇÃO DO DNA</i>	· 209 ·
<i>Fernanda Ferreira dos Santos Silva</i>	
<i>LA ERA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES</i>	· 229 ·
<i>Hortensia Rodríguez Morales</i>	

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E ATIVISMO JUDICIAL <i>Luciana Pacífico de Araújo Sponquiado</i>	· 259 ·
LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL <i>M.^a Candelaria del Pino Padrón</i>	· 281 ·
A PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS: ATUALIZAÇÕES, REFLEXÕES, CASOS PRÁTICOS E DIREITO COMPARADO <i>Lucio Carlos Afonso Ferraz · Amanda Mara da Silva</i>	· 305 ·
O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E OS NOVOS DESAFIOS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA <i>Ana Sofia de Magalhães e Carvalho · Adriana Gomes Neves</i>	· 323 ·
A OUROBOROS DISCURSIVA DO MEDO DO CRIME E OS SEUS EFEITOS DISFUNCIONAIS NA RACIONALIDADE JURÍDICO-PENAL <i>Eduardo Riboli</i>	· 343 ·
O MODELO DE DIREITO AMBIENTAL DA UNIÃO EUROPEIA – REDE NATURA 2000 <i>Érica Tatiane Soares Ciorici</i>	· 371 ·
CRIMINOLOGIA GENÉTICA: REFLEXÕES JURÍDICAS <i>Juliane Menezes Machado · Vivianne Rodrigues de Melo</i>	· 391 ·
A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO FUNDAMENTO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS PARA A DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADOÇÃO NACIONAL <i>Ana Cristina Augusto Pinheiro · Helena do Passo Neves</i>	· 401 ·
EMBRIÃO É TUDO O QUE TODOS JÁ FOMOS...Embriões Excedentários nas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida <i>João Proença Xavier</i>	· 421 ·
AS COMISSÕES DE ÉTICA E A SAÚDE – ALGUMAS REFLEXÕES <i>Ana Sofia Carvalho · Isabel Poças</i>	· 441 ·
PONDERAR OU NÃO PONDERAR? A QUESTÃO SOBRE A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DA DIGNIDADE HUMANA NAS LIÇÕES DE ROBERT ALEXY <i>Maria Mariana Soares de Moura</i>	· 465 ·
O RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO À LUZ DE AMARTYA SEN: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE DE CAPACIDADES <i>Durcelania da Silva Soares · Tauã Lima Verdan Rangel</i>	· 487 ·
O CONCEITO ATUAL DE TRIBUTO <i>Ramon Rocha Santos</i>	· 511 ·
DESAFIO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NO SÉCULO XXI: O PAPEL DO NOVO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DOS BRICS NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL <i>Claudia Ribeiro Pereira Nunes · Fernando Rangel Alvarez dos Rangel</i>	· 527 ·

GOVERNANÇA GLOBAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: O PAPEL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO ATORES NA ORDEM INTERNACIONAL PÓS-MODERNA	· 545 ·
<i>Carolina Merida · Renata de Almeida Monteiro</i>	
O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO BRASIL. ÓRGÃO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA OU SIMULACRO DE JURISDIÇÃO?	· 561 ·
<i>Raymundo Juliano Rego Feitosa · Gustavo Henrique Maciel De Oliveira</i>	
A TRIBUTAÇÃO DA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE A UNIDADE FAMILIAR	· 587 ·
<i>Elaine Brito da Silva · Levi Jefferson Batista</i>	
A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE A PARTIR DE SOCIEDADES POLITICAMENTE DEMOCRÁTICAS E SOCIALMENTE EXCLUDENTES	· 605 ·
<i>Augusto Eduardo Miranda Pinto · Leonardo Gama Alvitos</i>	
AS TÉCNICAS DE GOVERNO E O USO DE JUSTIÇA CRIMINAL EM MICHEL FOUCAULT	· 623 ·
<i>Thaís Ferreira de Souza · Rodolfo de Freitas Jacarandá</i>	
MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA DE UMA CIDADE NA FLORESTA AMAZÔNICA	· 647 ·
<i>Arlen José Silva de Souza · Juan Irineu Silva Belline Kasprovicz</i>	
NEOCONSTITUCIONALISMO E O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF	· 667 ·
<i>Alinson Ribeiro Rodrigues · Lorena de Melo Freitas</i>	
O OLHAR E O OUVIR: A EMPATIA NA FUNCIONALIDADE DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	· 691 ·
<i>Carmen Caroline do Carmo Ferreira Nader · Luciane Mara Correa Gomes</i>	
A CRISE PARADIGMÁTICA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEA	· 711 ·
<i>Dalila Rodrigues Prates</i>	
(RE)PENSANDO O ATIVISMO JUDICIAL SOB UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA: O AMICUS CURIAE E A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS PARA ABERTURA E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO	· 735 ·
<i>Eduardo Resende Rapkivcz · Jaime Leônidas Miranda Alves</i>	
ESTRUTURA FAMILIAR SEM CASAMENTO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA UNIÃO DE FACTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DOCTRINA PORTUGUESA, NUM ESTUDO COMPARADO COM A UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA	· 753 ·
<i>Caroline Buarque Leite de Oliveira</i>	
A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE: UM BALANÇO DOS DOIS PRIMEIROS ANOS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL	· 779 ·
<i>Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto · Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe</i>	

<i>A NÃO EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NOS CASOS DOS PORTADORES DE DIABETES MELLITUS NO BRASIL</i>	· 799 ·
<i>Amanda Cristina Pacífico · Juliana Agra Padilha Barbosa</i>	
<i>UMA ANÁLISE DA PRETENSA GENERALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DA TEORIA GERAL DO DIREITO: A INFLUÊNCIA GEOPOLÍTICA NA CONSTRUÇÃO DO MULTICULTURALISMO</i>	· 813 ·
<i>Jessica Hind Ribeiro Costa · Daniel Moura Borges</i>	
<i>A (DES)LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL DIANTE DE SUA MULTIFACETADA DEMOCRACIA</i>	· 833 ·
<i>Gerson Ziebarth Camargo · Hélintha Coeto Neitzke</i>	
<i>FRAGILIDADE E A FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</i>	· 851 ·
<i>Juliana Mary de Carvalho Rolim</i>	
<i>O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA – UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO</i>	· 871 ·
<i>Luciana Romano Morilas · Laís Kondo Claus</i>	
<i>LAS SOCIEDADES DIGITALES Y EL PLAN BEPS</i>	· 889 ·
<i>Gilberto Atencio Valladares</i>	
<i>O VETOR DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO ELETRÔNICO DE CONSUMO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA</i>	· 903 ·
<i>João Pedro Leite Barros</i>	
<i>SUBSTANCIALISMO MODERADO: COMO O PROCEDIMENTALISMO HABERMASIANO PODE CONTRIBUIR PARA UMA DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL</i>	· 921 ·
<i>Gislene de Laparte Neves · Victor de Almeida Conselvan</i>	
<i>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FUNÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO: UM PARALELO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO PORTUGUÊS</i>	· 941 ·
<i>Nina Gabriela Borges Costa · Charles de Sousa Trigueiro</i>	
<i>ECONOMIA COMPARTILHADA: APROXIMAÇÕES REGULATÓRIAS ENTRE BRASIL E PORTUGAL</i>	· 965 ·
<i>Luiz Guedes da Luz Neto</i>	
<i>UMA CRÍTICA AXIOLÓGICA SOBRE O SISTEMA DE NULIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO AO ACESSO À JUSTIÇA COMO FORMA DE GARANTIR A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS</i>	· 983 ·
<i>Luís Fernando Centurião Argondizo · Moisés Casarotto</i>	
<i>DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DE MERCADO NO BRASIL</i>	· 1003 ·
<i>Rossana Marina De Seta Fisciletti · Erika Tavares Amaral Rabelo De Matos</i>	
<i>OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PARADIGMA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	· 1021 ·
<i>Arthur Bezerra de Souza Junior · Paula Zambelli Salgado Brasil</i>	

- AUSÊNCIAS SOCIALMENTE ESTRUTURADAS E DEMOCRATIZAÇÃO
PROCESSUAL: ALICERCES DE ACESSO À JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL* · 1039 ·
Francini Meneghini Lazzari · Bárbara Dal Rosso Lima
- LOS DERECHOS SOCIALES Y LA SOCIEDAD. EL PRINCIPIO DE
SUBSIDIARIEDAD* · 1055 ·
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
- LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO E A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE
PELO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA* · 1071 ·
Robson Ochiai Padilha
- OS NOVOS DESAFIOS POSTOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO
DE UMA SOCIEDADE DO RISCO* · 1093 ·
Yago Daltro Ferraro Almeida
- AGRONEGÓCIO E O IMPACTO DA DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DO FUNRURAL* · 1119 ·
Murilo Couto Lacerda · Renata de Almeida Monteiro
- O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A BOA GOVERNANÇA: O CAMINHO
PARA A SUSTENTABILIDADE* · 1137 ·
Sébastien Kiwonghi Bizawu · Fernanda Netto Estanislau
- ENTRAVES AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NO ESTADO
BRASILEIRO* · 1155 ·
Thiago Santos Rocha
- VIOLÊNCIA, DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA
CONSTITUCIONAL NO BRASIL* · 1173 ·
Rodolfo Jacarandá
- CRISE MIGRATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA. AS MEDIDAS ADOTADAS À
LUZ DOS DIREITOS HUMANOS* · 1193 ·
Maria Teresa Alves
- DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA –
REVISITAR DESAFÍOS CONCEPTUALES* · 1219 ·
Marco Ribeiro-Henriques

RESPONSABILIDADE PENAL DO COMPLIANCE OFFICER NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL.

CRIMINAL LIABILITY OF THE COMPLIANCE OFFICER REGARDING CORPORATE CRIMES.

Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Os novos tempos; 2. Compliance sob a perspectiva criminal; 3. Os crimes omissivos impróprios e sua construção dogmática; 4. Compliance officer como garante; 5. Conclusões; Referências bibliográficas.

1. Os novos tempos:

Com o aumento das transações financeiras e da radicalização das indústrias na sociedade pós-industrial, denotam-se novos riscos e temores mundiais, os quais são potencializados por uma mídia altamente evoluída e abrangente, sem contar a sociedade que, a cada dia, aumenta a sua capacidade de reflexão. Assim, o Direito Penal passa a tutelar novos bens jurídicos, os quais, no mais das vezes são difusos, coletivos ou de específicos grupos de pressão, não mais se restringindo ao indivíduo².

Com efeito, à luz dessas conjecturas pós-modernas, as teorias tradicionais de imputação criminal passam a não ter efeito com o avanço da criminalidade no seio empresarial, pois, gradativamente, torna-se difícil a identificação do autor do delito em crimes econômicos. É que, geralmente, tais crimes não são cometidos diretamente pelos dirigentes de corporações, mas sim por subalternos no exercício de sua profissão. Então, por certo, a imputação dos reais beneficiários dos delitos, à base dos preceitos de imputação clássicos, seria inviável hodiernamente face aos mecanismos internos corporativos.

Desde os idos da década de 80, Schunemann denunciava o déficit de sanção criminal na área de criminalidade econômica, frente ao característico tratamento desigual dispensado aos delitos patrimoniais, porém, também alertava para a irreflexiva criminalização dessa seara do Direito Penal, que colocava em perigo princípios jurídico-constitucionais irrenunciáveis. Assim, em sua visão, à época, o grande desafio do Direito Penal era buscar um tratamento igualitário aos comportamentos socialmente danosos e

¹ Especialista em Direito Penal Empresarial (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul) e mestrando em Ciências Criminais (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Bolsista CAPES). Advogado criminalista. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/ Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Bolsista CAPES. Email: marcelo@lemosesilva.adv.br

² SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal Compliance e as novas feições do Direito Penal Econômico*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 59, jan. 2013, p.281.

aumentar o efeito preventivo do Direito Penal sem, contudo, desvincular-se de seus preceitos fundamentais e de sua função de ultima ratio³.

Efetivamente, essa problemática, como se avulta hoje no Brasil, com amparo no (novo) cenário jurídico-penal movido, especialmente, por movimentos populares que clamam pela repressão de políticos e grandes empresários envolvidos em casos de corrupção, invariavelmente, gera efeitos na jurisprudência a partir da distorção de teorias de imputação criminal. Essa irreflexiva criminalização que advertia Schunemann nos anos 80 é, gradativamente, inserida no judiciário brasileiro, sob a argumentação de que o “fim” justificará o “meio” utilizado, como se fosse uma sedenta busca por criminalizar aquele que “sabia” do crime ou daquele que “com certeza deveria saber”. No entanto, para aqueles que necessitam de legítimas persecuções penais por estarem a frente de instituições corporativas criminosas, há, sem sombra de dúvidas, uma evolução histórica que buscou dar enquadramento penal a esses. Vale dizer, esse breve ensaio se vincula a busca de uma solução jurídica isenta e plausível que justifique (ou não) a aplicação de determinada modalidade de imputação criminal à luz de um entendimento que ganha força na doutrina estrangeira e jurisprudência brasileira e é, por vezes, criticada, com veemência, por autores nacionais, conforme veremos mais tarde.

Dentro dos limites previamente demarcados, vê-se que há, atualmente, no Brasil, a discussão segundo a qual perfilha estudos dogmáticos sobre a figura do garantidor e a sua aplicabilidade ao compliance officer, enquanto responsável pelas normas de dada corporação, com esteio nas alterações havidas na Lei 9.613/98. Vale dizer, com a criação de obrigações de comunicação de movimentações atípicas a diversas pessoas físicas e jurídicas que prestem os serviços contidos no rol dos arts. 9 e 10 da Lei n.º 9.613/98 (com redação introduzida pela Lei n.º 12.683/2012), se intensificou o debate acerca da possibilidade de considerar o *compliance officer* como garante (art. 13, §2.º do Código Penal brasileiro) em hipóteses de non-compliance ou omissão dolosa de reportar movimentações atípicas aos órgãos de controle. Indispensável, nesse contexto, trazer à baila o contido no art. 10, inc. III, da indigitada lei, que estipula que as pessoas físicas e jurídicas obrigadas “deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes”⁴.

Decididamente, o Brasil normatizou a imperiosidade de compliance na seara criminal, a fim de combater a lavagem de capitais e, com essa alteração legislativa, pode ter criado uma grande problemática no que tange à imputação criminal dos *compliance officers*, pois estes podem ter sido colocados em posição de garante. Nessa óptica, novos bens jurídicos passam a, hodiernamente, ganhar relevo penal e essa tutela também pode

³ SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, 1988, 529-558.

⁴ BRASIL, Lei n.º 9.613 de 1998.

ser realizada através da omissão imprópria, desde que presentes os pressupostos formais e materiais de ofensividade que lhe são condizentes. Assim, os “deveres de compliance, quando axiologicamente direcionados à defesa de – ou à responsabilidade pelas fontes de perigo para – bens jurídico-penais, devem ser examinados como fonte formal-material de dever de garantidor”⁵.

2. *Compliance* sob a perspectiva criminal:

À base de todo esse contexto político-criminal, é imperioso esmiuçar o próprio conceito de *compliance* com amparo em todas essas disposições que buscam a coibir a prática de lavagem de dinheiro e, por assim dizer, também à prática de terrorismo – pouco discutida no Brasil, porém, globalmente, vinculada, estreitamente, ao crime de lavagem de dinheiro. É dizer, o *compliance* está inserido dentro de uma temática que se enalteceu, especialmente, ao depois dos atentados terroristas de 11 de setembro, muito embora tenha sido formatado nos anos 80.

Sinteticamente, O *compliance* é um termo de origem anglo-saxão, que alude a uma função que as entidades privadas possuem de detectar e gerir “el riesgo de incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas a través del establecimiento de políticas y procedimientos adecuados”⁶. A sua procedência se dá, especificamente em relação à lavagem de capitais, nos Estados Unidos da América, através das 40 Recomendações do Grupo de Ação Financeira (GAFI), em 1990. Depois dos ataques terroristas de 11 de setembro, o GAFI editou mais nove recomendações. A partir disso, em âmbito internacional, se desenvolveu, com referências nas recomendações do GAFI, a Diretiva 91/308/CEE na Europa, em 10 de junho de 1991⁷. Quer dizer, com base nesse arcabouço, é possível perceber-se que o grande *start* do *compliance* em âmbito global se deu através do terrorismo.

Sucede que os programas de *compliance* se desenvolveram a partir de uma nova perspectiva político-criminal com vistas à cooperação entre o poder público e a iniciativa privada, a qual, em um primeiro momento, surgiu em face da crise da desregulação de mercados e dos grandes escândalos de corrupção ocorridos, por exemplo, com a *Siemens*. Esse sistema de prevenção ao combate de lavagem de dinheiro foi inaugurado no final dos anos 80 do século passado e caracteriza-se por uma regulação muito estrita para prevenir, detectar e sancionar a lavagem de ativos⁸. Além disso, segundo Blanco Cordero se ampliou, marcado pelo processo de globalização, a partir da desregulação dos

⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 187.

⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore*, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

mercados financeiros e pela diminuição dos controles do Estado e Organismos Internacionais sobre o sistema financeiro. Assim, o setor privado se viu obrigado a criar sistemas internos de prevenção a ilícitos de ordem penal⁹. É o que se chama de *autorregulação-regulada*.

Segundo Sieber, *autorregulação-regulada* se caracteriza pela criação, pelo Estado, de disposições que criam conceitos mais ou menos detalhados ou instituem estruturas que estimulam a autorregulação. No entanto, esse sistema pode produzir colisões e distorções, segundo o jurista, uma vez que com obrigações, como as impostas pela Lei de Lavagem de Dinheiro, em que pese voltada a compensar o déficit da regulação estatal, pode intervir nas relações privadas, através da quebra de confiança, podendo, ao fim e ao cabo, o empresário, adulterar ou alterar os dados enviados aos órgãos de controle¹⁰. Blanco Cordero também acentua para a ocorrência de *conflicto de intereses*, porquanto, em se tratando de empresas com fins comerciais, que perquirem o máximo de lucros, e se apresentam como instituições confiáveis perante a sociedade, há uma colidência em relação aos seus clientes. Esse cumprimento de deveres possivelmente conflitará com o interesse de alguns clientes que querem sigilo máximo de suas movimentações¹¹. Nesse mesmo sentido, ressalta, Andrei Zenkner Schmidt, para o caso do advogado, o qual detém um sigilo bastante particular com seus clientes, e do contador que tem acesso a dados que, inclusive, são resguardados por sigilo constitucional (art. 5.º, X, da Constituição Federal de 1988)¹². Não obstante, Sieber acrescenta que a concepção de *autorregulação regulada* se vincula a um novo modelo de teoria e política criminal para combater a criminalidade empresarial, principalmente, porque não há outra alternativa melhor¹³.

Rodrigo Sanchez Rios e Caio Antonietto explicam que a maior intervenção do Estado no mercado (exigindo-se as práticas integrativas de *compliance*) advém de situações concretas, como a intervenção de instituições financeiras em transferências ilícitas de valores, manipulação de juro, perdas suprimidas dos olhos dos órgãos de regulação, bem como fraudes praticadas por empresas como *Siemens* e *Parmalat*. Asseveram que, por conta destes escândalos, estimulou-se a criação de diversas

⁹ Ibidem.

¹⁰ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: URQUIZO OLAECHEA, ABANTO VÁSQUEZ e SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*, Lima: Tomo I, 2011, p. 205-246.

¹¹ BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore*, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138.

¹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 194.

¹³ SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: URQUIZO OLAECHEA, ABANTO VÁSQUEZ e SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*, Lima: Tomo I, 2011, p. 205-246.

regulamentações visando a limitar a autonomia usufruída alhures pelo setor bancário e grandes companhias¹⁴. Destarte, com amparo nessa nova temática de intervenção estatal, situa-se o *compliance*, de modo que a globalização, internacionalização de empresas, revoluções tecnológicas, abertura de mercados financeiros, acesso facilitado ao capital, maior transferências de informações, dentre outros, surtiram essa problemática da regulação dos setores de atividades empresariais¹⁵.

A acepção de *autorregulação* no âmbito do *compliance* parte da premissa de que as empresas exercerão a função de prevenção de ilícitos, as quais são de competência estatal, de modo que “o Estado, por reconhecer-se incapaz de fiscalizar os desvios, terceirizasse a competência que, antes, era institucionalmente exercida por ele com exclusividade”¹⁶. Assim, a corporação exercerá, na pessoa do *compliance officer*, a função de prevenir, identificar e eliminar as atividades ilícitas. Nessa linha, diversas legislações estrangeiras adotaram o modelo de autorregulação ou *heterorresponsabilidade empresarial*, como, por exemplo, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), 1977, *Sarbanes-Oxley Act* (SOX), 2002 e o *Dodd-Frank Act*, 2010, todos dos Estados Unidos da América; *Code Pénal*, 1994 e *Loi* n.º 1117, ambas da França; *Commonwealth Criminal Code Act*, 1995, da Austrália; Decreto Legislativo n.º 231, 2011, da Itália; *Ley* n.º 20.393, 2009, do Chile; a *Bribery Act*, 2010, da Grã-Bretanha; e a *Ley Orgânica* n.º 5/2010, que introduziu o artigo 31, *bis*, no Código Penal Espanhol¹⁷. De tal arte, objetivo principal do *compliance* “não é evitar, imediatamente, a responsabilização criminal, mas sim efetivar o cumprimento de normas legais (extrapenais), já que neste tipo de regulação a norma penal é simplesmente acessória”¹⁸.

No Brasil, tendo a sua gênese com a entrada em vigor da Lei n.º 9.613/98, com a Resolução n.º 2.554/98 do Conselho Monetário Nacional e, especialmente enaltecida com a Lei n.º 12.683/2012, cujas premissas estabeleceram a necessidade de práticas positivas, por diversos segmentos industriais, tendentes a identificar e reportar eventuais movimentações financeiras atípicas ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”), a importância do *compliance* restou, finalmente, concebida. Conforme expõe Andrei Zenkner Schmidt, não se tratou, porém, de uma imposição legislativa de criação de programas de *compliance*, mas sim a sua estimulação¹⁹. Partindo-se desse cenário, o

¹⁴ RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. *Criminal Compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, São Paulo, mai/jun. 2015, p. 341-375.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 179.

¹⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, vol. 54, jul/set 2014, p. 91-121.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 182.

art. 9.º da Lei n.º 9.613/98 (incluído através da alteração legislativa de 2012 referida alhures), decretou que empresas, as quais a principal atividade, de modo eventual ou permanente, seja uma daquelas aludidas no rol do artigo (compra e venda de imóveis, comércio de bens de luxo ou alto valor, negociação de atletas, instituições financeiras, etc.) deverão reportar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (“COAF”) todas as movimentações consideradas atípicas (o que se identifica com base em resolução administrativa disponibilizada pelos órgãos reguladores do segmento ou, na ausência destes, pelo próprio Conselho de Controle de Atividades Financeiras [“COAF”]).

Além disso, outras obrigações acessórias, inseridas no corpo do art. 11, inc. I, da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, indicam a indispensabilidade de especial atenção às operações que possam constituir indícios dos crimes de lavagem de capitais. Essa necessidade normativa teve (e tem) tanta importância no (novo) cenário jurídico nacional que, à época da discussão acerca da necessidade de mudança na Lei n.º 9.613/98, novos tipos penais foram propostos com o escopo de censurar criminalmente condutas que visassem a retardar as comunicações obrigatórias²⁰. Nessa perspectiva, encampou-se, no Brasil, a necessidade de observância aos deveres de conduta insertos na Lei n.º 9.613/98, com o que alcançou relevantes desdobramentos no que toca à responsabilização penal de dirigentes corporativos, *compliance officers* e colaboradores de empresas.

Alicerçado nesse quadro normativo, vislumbrou-se, especialmente a partir do julgamento da Ação Penal n.º 470 o enaltecimento da figura do garantidor aos crimes econômicos, especificamente a lavagem de capitais. É que o *compliance officer*, por ter o dever institucional e estatutário de efetuar práticas positivas ao escopo de prevenir e combater o branqueamento de ativos, pode, segundo uma óptica mais repressiva, se postar na posição de *garante*.

Nessa linha de raciocínio, discutiu-se, no âmbito do julgamento predito, a responsabilidade da figura do *compliance officer*, na medida em que os acusados, notadamente os do núcleo financeiro do Banco Rural, foram condenados por gestão fraudulenta de instituição financeira e crime de lavagem de dinheiro, por terem, através de omissão dolosa, deixado de reportar relatórios internos de *compliance*. Ou seja, na linha do julgado do Pretório Excelso, o *compliance officer* tinha o dever estatutário de reportar condutas suspeitas e não o fez, de modo que a sua conduta foi determinante para o sucesso da empreitada delitiva²¹.

²⁰ DE SANCTIS, Fausto Martin. Combate à lavagem de dinheiro. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008, p. 42.

²¹ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, São Paulo, 2014, p. 215-230.

3. Os crimes omissivos impróprios e sua construção dogmática:

Como se extrai do art. 13 do Código Penal, a omissão penalmente relevante é aquela que o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. Nucci exemplifica da seguinte forma: qualquer indivíduo do povo pode agir para evitar um assalto, porém, não está obrigado a tanto. Não é o mesmo que ocorre com o vigilante: se ele não agir, responderá por furto ou roubo²². No entanto, há de se atentar para o alcance da expressão *podia agir*, na medida em que se, eventualmente, o vigilante tivesse algum mal súbito ou desmaio que o impossibilitasse fisicamente de agir, este não responderia pelo crime de furto²³.

Na esteira de Francisco de Assis Toledo, os delitos comissivos por omissão se caracterizam por contrariar, ao mesmo tempo, duas normas, uma preceptiva e outra proibitiva, como se avulta na hipótese de a mãe dar causa a morte do filho por deixar de alimentá-lo²⁴.

Dentro desse aspecto de abrangência, Jakobs explica que dentre os deveres negativos existentes há o dever oriundo da *assunção (Übernahme)*, “o qual surge quando se diminuem as proteções já existentes que atuam numa organização alheia; o dever em virtude da assunção é o sinalagma dessa diminuição da segurança alheia”²⁵. De tal arte, a título de exemplo, o indivíduo que transfere um idoso de uma calçada pouca movimentada para outra bastante tumultuada, se compromete a zelar pela segurança deste. Deve, portanto, suprir com seus próprios recursos essa falta de segurança a que deu causa. Efetivamente, “quem leva outro a uma situação de necessidade tem de ser tratado como se tivesse assumido a prestação de ajuda”²⁶.

À base desse quadro, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece três hipóteses normativas ensejadoras da omissão imprópria (art. 13, §2.º, do Código Penal). Basicamente, o dever de agir decorre de alguma imposição legal, da assunção de uma responsabilidade de evitar o resultado e, no mesmo sentido, por ter gerado o risco deste. Assim, na primeira situação o dever de agir advém de imposição normativa de cuidado, proteção ou vigilância, segundo Nucci, como os pais em relação aos seus filhos²⁷. Jakobs explica que não se pode exigir somente dos pais uma conduta de *não fazer* (prestação negativa), isto é, como aqueles que não matam os seus filhos ou que não os ferem, mas

²² NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 143.

²³ Ibidem.

²⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

²⁵ JAKOBS, Günther. Ação e omissão no Direito Penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. – Barueri, SP: Manole, 2003, p. 10.

²⁶ Ibidem.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144.

também uma conduta positiva no sentido de dar educação, subsistência e fomentar o desenvolvimento dos seus filhos. Deste modo, “uma pessoa sem filhos não tem tais deveres, mas suas relações com crianças em geral é definida por uma fórmula *somente negativa*: não pode causar danos”²⁸.

A segunda hipótese se caracteriza por ser oriunda de negócios jurídicos ou de situações concretas da vida. Aqui cita-se o clássico exemplo doutrinário do nadador: se um experiente nadador convoca um amigo para fazer uma travessia nadando, mesmo sabendo que este era inexperiente – assumindo, por via de consequência, a responsabilidade para prestar-lhe assistência – ficará obrigado a agir para impedir o resultado se o nadador iniciante vier a se afogar²⁹. Nesta senda, de mais a mais, será *garante* aquele que tenha assumido, de algum modo, o dever de impedir o resultado, porém, segundo Francisco de Assis Toledo, não deve se restringir a obrigações de cariz meramente contratual, “de sorte a permitir-se o transplante, para a área penal, de infundáveis discussões de questões prejudiciais em torno da validade ou da eficácia do contrato gerador da obrigação”³⁰.

Por derradeiro, o terceiro ponto é “o dever surgido de ação precedente do agente, que deu causa ao aparecimento do risco”³¹, como, por exemplo, o indivíduo que lança outro à piscina, em um trote acadêmico, mesmo sabendo que este não sabe nadar. Se não intervir para impedir um resultado fatídico, responderá por homicídio doloso. Nesse contexto, é o comportamento anterior do agente que cria o risco do resultado e que, por produzir esse perigo, tem o dever jurídico de impedir o resultado, tal qual o sujeito que dá causa a um incêndio. Ele estará obrigado a evitar mortes, queimaduras e demais corolários do fogo que causou. Ainda, essa ação precedente criadora do perigo não se vincula a um fato punível, de modo que a sua qualificação jurídica é irrelevante. A possibilidade de agir, de mais a mais, deve ser física, ainda que coloque em risco a vida do omitente, de sorte que, em faltando essa hipótese (como, por exemplo, desmaio, imobilização, etc.), a omissão deixará de ser penalmente relevante³².

²⁸ JAKOBS, Günther. Ação e omissão no Direito Penal. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. – Barueri, SP: Manole, 2003, p. 03.

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 15 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145.

³² TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos do Direito Penal. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118.

4. **Compliance officer como garante:**

Com amparo nesse arcabouço doutrinário, chega-se na discussão tendente a dirimir se há possibilidade de o *compliance officer* ser responsabilizado criminalmente, através de omissão imprópria, se, por acaso, deixa de reportar movimentações atípicas à alta cúpula da corporação – o que, consequentemente, redundará na prática de delitos no âmbito empresarial. Tais fatos se mostram ainda mais presentes nas hipóteses das pessoas físicas e jurídicas obrigadas pela Lei 9.613/98. Muito embora não haja nenhuma determinação legal que estabeleça as condições de responsabilidade criminal do responsável pelo cumprimento das normas, há, na função do *compliance officer* uma relevante atuação que pode, em determinadas situações, evitar resultados delitivos.

Assevera Bottini que “para a responsabilização penal por omissão não basta que o dirigente tenha o dever de garantia. É necessário que o resultado seja previsível, que sua evitação seja possível (verificado em uma relação de causalidade hipotética), e que o agente tenha dolo na sua causação”³³. Indispensável, pois, em sua doutrina, que para a responsabilidade criminal pelo descumprimento de previsão legal (dever), na forma de omissão imprópria, imprescinde da constatação do dolo do agente, somada a realização do tipo de lavagem de dinheiro.

Em outro turno, Souza afirma que uma das consequências do *compliance* na seara criminal se vincula à possibilidade de clarificar uma escala de responsabilização penal de dirigentes e colaboradores no âmbito empresarial. Em suas palavras, “mesmo nas hipóteses de delegação de funções de supervisão e vigilância para funcionário situado no escalão intermediário da empresa (o chamado *compliance officer*), o dirigente mantém a originária posição de garante”³⁴.

Na inteligência de Helena Regina Lobo da Costa e Marina Pinhão Coelho Araújo, há uma tendência doutrinária a admitir somente a figura do garantidor em casos de crimes contra a vida, integridade e liberdade. O primeiro pressuposto para a delimitação do garantidor é a assunção de uma obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, de sorte que, nos dias atuais, não há legislação específica que determine qualquer obrigação ao *compliance officer*. Em outro ponto, no que concerne à criação fática de perigo ou responsabilidade por contrato, o *compliance officer* assume a função de estabelecer regras e critérios determinantes ao cumprimento da legislação específica à atividade e não de evitar todo e qualquer resultado advindo de crimes praticados no âmbito empresarial. Tal dever somente será assumido se o *compliance officer* efetivamente deter o poder de veto ou de suspensão de condutas de administradores.

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 67, jan/mar. 2015, p. 163-195.

³⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, vol. 54, jul/set 2014, p. 91-121.

Assim, se, porventura, o *compliance officer* avisa à administração a possível ocorrência de ilícitos praticados e esta decide por nada fazer, não haverá imputação por omissão dolosa ao responsável pelo setor de *compliance*, sendo tal atribuída aos dirigentes da empresa. Ainda, ao analisar a figura do garantidor refletida no *compliance officer* é necessário o seguinte questionamento: “a interferência da ação omissiva teria alterado o curso causal, afastando-se o resultado?”³⁵. Deste modo, fácil concluir-se que, se o *compliance officer* relata à administração condutas ilícitas praticadas por este, por óbvio, não terá capacidade de evitar o seu resultado. Nesse ponto, é fácil concluir-se que o responsável pelo cumprimento da legislação que regula determinada atividade é, dadas as devidas circunstâncias, *garante* de vigilância, pois este não possui a incumbência expressa de evitar (ou tentar) um resultado delitivo, mas sim de reportar à alta cúpula da corporação a possível ocorrência de crimes no seio empresarial. O reporte, por via de consequência, perfectibilizará o cumprimento da função de *garante* do *compliance officer*.

Prittwitz alude que os *compliance officers* são *garantes* de vigilância e não proteção, assim, para existir punibilidade destes se mostra indispensável a existência de um comportamento doloso, somente entrando em discussão eventual responsabilidade penal se, por acaso, o *compliance officer* não cumpra a sua função de reportar crimes ao escopo de evitar o resultado naturalístico, no curso do delito – ou seja, entre o início da consumação e o término material do fato punível³⁶.

No viés doutrinário de Renato de Mello e Mariana Tranchesi Ortiz, decididamente, em outros tempos a teoria objetivo-material auxiliava na imputação criminal, pois considerava-se autor aquele que executasse materialmente o delito, no entanto, hodiernamente, essa premissa está aquém dos limites da realidade que alimenta a dogmática penal. Nesse sentido, apontam a possibilidade de imputação de agentes financeiros, em crimes especiais, pela figura do garantidor. Dentro desse contexto, o que se constata, em um primeiro momento, é a diferenciação entre o sujeito qualificado (*intraneus*) e o não-qualificado (*extraneus*). O reconhecimento da posição de garantidor, destarte, se restringe aquele que possua poder de disposição ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado, ou seja, em delitos especiais do *intraneus*. Conclui, dessa maneira, que o agente financeiro não pode ser responsabilizado por um delito especial, pois não é sujeito qualificado, podendo, no máximo, ser imputado na forma do art. 29 do Código Penal. Ainda, argumentam que não há disposição legal que determine que tal atue de uma forma ou outra. Ou seja, seu risco será sempre tolerável, limitando-se às sanções administrativas. Se a conduta se mostrar neutra, não há crime.

³⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Compliance* e o julgamento da APn 470. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, São Paulo, 2014, p. 215-230.

³⁶ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

Em outro cenário, Prittwitz explica que a função de *garante* aos *compliance officers* é perfeitamente factível em um contexto dogmático-sistemático-conceitual, porém, no plano prático, se revela remoto a partir de uma perspectiva político-criminal. Na primeira hipótese, o jurista alemão faz referência decisão do Supremo Tribunal Federal alemão que admitiu a responsabilidade penal por omissão imprópria do *compliance officer* a partir da assunção deste de deveres de custódia em relação a uma determinada fonte de perigo. Em tal *decisum*, não se faz presente (ou não se considera relevante) a discussão segundo a qual perfilha a natureza do dever legal do *compliance officer*, se seria de vigilância ou de proteção. Nesse sentido, o importante, à base disso, seria a assunção efetiva de um círculo de deveres, lembrando que nem toda assunção denota uma posição de *garante*, senão aquelas que transferem ao agente uma relação especial de confiança³⁷. De mais a mais, para o jurista alemão, a responsabilidade penal do funcionário encarregado de supervisionar eventuais crimes ocorridos no seio empresarial pode ser vinculada a um contrato laboral, no qual exista expressamente as funções de vigilância, sendo indispensável que se exclua de tal pacto que tais deveres também sejam atribuídos à direção da empresa³⁸.

À base desse entendimento, Mateo Bermejo e Omar Palermo sustentam que o ponto de partida para considerar a existência de uma posição de *garante* do *compliance officer* é que, usualmente, os titulares dessas funções são vinculados à alta cúpula da empresa e, por isso, possuem o domínio de fontes de perigo. Assim, ao delegar funções de controle e vigilância de uma área de competência da direção da empresa, com a consequente assunção de deveres, supõe também a posição de *garante* da pessoa encarregada. Na óptica destes juristas, a posição jurídica do *compliance officer* não é originária de sua função institucional, mas sim derivada da posição de *garante* do próprio empresário³⁹.

À luz desse panorama, asseveram que a intervenção penal do *compliance officer* pode se dar em três etapas do programa de cumprimento: *projeto de compliance*, na *implementação* e no *controle interno do cumprimento por parte dos órgãos e empregados*. Na primeira, a responsabilidade jurídica se enaltece se, porventura, o *projeto de compliance* não se adequar aos limites mínimos de qualidade impostos pela legislação – ou regras empresariais. A responsabilidade do *compliance officer*, portanto, ocorre se este apresenta a direção da empresa um projeto inidôneo e esta última o aprova com base no princípio da confiança. Já em relação à *implementação*, momento no qual

³⁷ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

³⁸ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

³⁹ BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.

o encarregado deverá capacitar os empregados envolvidos nas atividades de risco, assim como prover o cumprimento da legislação, a responsabilidade penal surgirá na medida em que a *implementação* do programa de *compliance* seja inadequada e, inclusive, pautada em um projeto deficiente, como, por exemplo, na capacitação e difusão de regras inverídicas ou incorretas. Em outro cenário, a terceira etapa aludida pelos juristas não precisa se vincular a um projeto ou implementação inadequada. Nessa senda, não obstante exista na empresa um projeto e uma implementação idônea de *compliance*, se o *compliance officer* deixa de reportar fatos ilícitos, quebrando com seus deveres de controle e vigilância, esse terá responsabilidade penal pelo resultado criminoso. Essa intervenção do *compliance officer*, no entanto, poderá ter duas vias, a depender das competências que lhe foram delegadas: através da obrigação de deter ou evitar o cometimento de crimes no seio empresarial; ou, por outro lado, se não houver essa incumbência, “la identificación de tales hechos o procesos debería ser un *reporte inmediato por parte del CO a la dirección de la empresa, para que sea ella quien resuelva respecto del hecho reportado*”⁴⁰.

Portanto, com amparo nessa premissa, o *compliance officer* pode ser tanto *garante* de vigilância, como de proteção, tudo isso a depender da incumbência que lhe foi delegada. Essa incumbência, tal qual exposto por Prittwitz, pode ser assumida a partir de um pacto laboral que determine expressamente as responsabilidades jurídico-penais do responsável pelo cumprimento das normas reguladoras de determinada atividade⁴¹. Vale dizer, não há a necessidade de haver lei ordinária que estabeleça essas incumbências ao *compliance officer*. Este será *garante* na medida que assume o controle, vigilância ou proteção de determinada fonte de perigo. Por exemplo, se este funcionário possui autonomia para efetuar cortes de funcionários, ele poderá demitir colaborador que esteja auxiliando corruptos a lavarem dinheiro através de circuitos financeiros fictícios e, consequentemente, denunciar aos órgãos competentes. Em outro viés, se o *compliance officer* não possui tanto autonomia – em que pese deter uma posição descentralizada e não hierárquica no âmbito da empresa – este deverá reportar à alta cúpula da instituição tais irregularidades.

Na intelecção de Armin Kaufmann, conforme expõem Mateo Bermejo e Omar Palermo, no entanto, há uma distinção na responsabilidade penal do omitente em autoria e participação, à luz de entendimento que estipula que se o sujeito é *garante de proteção* responde como autor do delito; em outro turno, se é *garante de controle ou vigilância*, deverá responder como partícipe de um crime comissivo por omissão. Os preditos autores, em sentido diametralmente oposto, criticam essa teoria na medida em

⁴⁰ BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.

⁴¹ PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *compliance officers*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.

que há uma “falta de una fundamentación material que legitime esta distinción que proponen los partidarios de la teoría de las funciones”⁴².

Planas, em outra banda, alude a uma questão fundamental que perfilha estudos acerca da responsabilidade penal – quer dizer, função de *garante* – do empresário face ao *compliance officer*. Primeiro, argumenta que o empregado que executa fato delitivo, atuando de forma inteiramente particular, é auto responsável pelo crime que pratica. Todavia, se este age utilizando-se de um específico potencial de atuação (“*específico potencial de actuación*”) conferido por ser membro da empresa, advindo de conteúdo material ou jurídico, a cúpula da empresa responderá penalmente pelo fato, não podendo socorrer-se dos preceitos da auto responsabilidade⁴³.

No que concerne à figura do empregado responsável pelo cumprimento de normas relativas a atividade empresarial, certamente, na inteligência de Planas, não poderá ser *garante* de proteção, ou seja, não terá a incumbência de evitar o resultado delitivo. Terá, contudo, a função de *garante* de controle e vigilância, pois a assunção de responsabilidade a este conferida é mais limitada do que aquela dada ao empresário. Ele deverá, somente, alertar a cúpula da empresa as irregularidades ocorridas no âmbito empresarial. A posição de *garante*, portanto, advém da delegação de uma competência conferida pela alta cúpula (na visão do jurista competente primária da evitação de delitos na empresa). Basicamente, é errônea a afirmação segundo a qual se conclui que o *compliance officer* seria a institucionalização de uma figura auto responsável por qualquer crime ocorrido na empresa, na medida em que a sua responsabilidade penal se solidifica a partir do incumprimento de suas tarefas de reportar irregularidades. Os seus deveres, destarte, emanam de uma delegação real e materialmente assumida, sendo que “tales deberes se pueden reducir a los relativos a la investigación de infracciones y al traslado de la información obtenida”⁴⁴.

De acordo com a doutrina de Andrei Zenkner Schmidt, quatro problemas se enaltecem a partir da possibilidade de normas institucionais ou privadas serem alçadas a condição de fonte jurídica do *dever de garantia*, nos moldes exigidos pelo art. 13, §2.º, do CP. São eles: a. se as leis federais brasileiras, como a 9.613/98, 12.846/2013, dentre outras, podem, *de per se*, preencher a exigência do art. 13, §2.º, alínea *a*, do Estatuto Repressivo; b. se as regulações oriundas de órgãos estatais ou profissionais podem assumir a função para imputação objetiva do tipo do delito omissivo impróprio; c. se a simples autorregulação empresarial é legítima fonte para o dever de *compliance* ser

⁴² BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. La intervención delictiva del *compliance officer*. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.

⁴³ PLANAS, Ricardo Robes. El responsable de cumplimiento (“*compliance officer*”) ante el derecho penal. In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Espanha: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.

⁴⁴ Ibidem.

pressuposto de omissão imprópria e; d. se tais deveres de *compliance* são adstritos a um prévio filtro material antes da imputação de índole penal⁴⁵.

No que pertine ao primeiro ponto suscitado pelo autor, explica que os deveres de controle insertos nos referidos diplomas legais podem ser fonte do dever de garantia, sob um ponto de vista inicial, à exceção daquelas atividades que não estejam regulamentadas pelos órgãos competentes, uma vez que os arts. 9, 10 e 11 da Lei n.º 9.613/98 expressamente preveem a necessidade de regulamentação das comunicações, sob pena de ofensa ao princípio da *reserva legal*. Em relação à segunda, sustenta que os arts. 9, 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro servem como cláusula legal delegatória de proteção do bem jurídico, de modo que “perfazem o inicial (porém não suficiente) ponto de partida (art. 13, §2.º, alínea *a*, do CP) para a imputação da omissão imprópria”⁴⁶. Demais, alude o autor que descumprida a obrigação de cuidado e vigilância inserta na legislação, será, apenas, o ponto de partida para a verificação de relevância jurídico-penal, porquanto o simples *non-compliance* não presume a tipificação do ilícito típico, estando este expressamente adstrito as demais condicionantes objetivas e subjetivas⁴⁷.

Portanto, em síntese, a materialização da figura do garantidor do *compliance officer* é possível através de previsão legal dos deveres de *compliance* voltados aqueles segmentos empresariais, cuja comunicação de atividades atípicas esteja regulamentada pelo órgão competente. Segundo Andrei Zenkner Schmidt, as possíveis objeções a essa assertiva podem ser superadas, por exemplo, a refutação a aceitação de normas extrapenais, uma vez que, de há muito, tais são aceitas em omissão imprópria (cuidado dos pais e filhos, norma de natureza cível – art. 1634 do Código Civil), e da necessidade de confissão de crime, porquanto a autorregulação se volta a prevenção de ilícitos penais⁴⁸. No entanto, forçoso convir-se que a simples previsão legal não determina, de pronto, a responsabilidade penal do *compliance officer*, ainda que este não tenha cumprido com seus deveres (como, por exemplo, por ausência de estrutura empresarial). A responsabilidade penal do *compliance officer* deve se vincular, de igual maneira, aos requisitos de imputação objetiva e subjetiva do tipo.

5. Conclusões:

Certo é, com amparo nesse referencial teórico, que a discussão é controversa e gera intensos debates, uma vez que, no Brasil, há, por um lado, uma tendência jurisprudencial que solidifica a possibilidade de aplicação do art. 13, §2.º, do Estatuto Repressivo ao *compliance officer*, enquanto que, por outro lado, a doutrina brasileira,

⁴⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direito penal econômico: parte geral. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 183.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

em sua maior parte, entende que, em não havendo disposição legislativa clara quanto à função específica de *garante* do *compliance officer*, não há que se falar em responsabilização criminal por omissão imprópria.

No entanto, juristas estrangeiros têm entendido que o *compliance officer* pode sim se postar na função de *garante* se houver uma estipulação em contrato laboral, bem como houver uma relação especial de confiança. Certo é que o responsável pelo cumprimento das normas atinentes a atividade empresarial é *garante* de vigilância, na maioria dos casos, sendo, destarte, responsável tão-somente por reportar relatórios internos de conformidade. Em não o fazendo, sua omissão será penalmente relevante.

No plano da realidade das coisas, torna-se muito remota a possibilidade de o *compliance officer* possuir plena autonomia no seio empresarial, notadamente em instituições de jaez familiar, uma vez que a alta cúpula da empresa sempre terá, de qualquer modo, ingerência sobre o funcionário. Por tal motivo, pode-se afirmar que o responsável pelo cumprimento das normas não está condicionado a uma posição de *garante* de proteção, porque, dificilmente, terá condições de evitar um resultado delitivo quando este é cometido por funcionários de alto escalão. Tal seria possível, em uma dimensão que aqui podemos considerar utópica, se, ocasionalmente, o *compliance officer* seja um órgão alheio à corporação, sem vinculação hierárquica e que tenha autonomia para barrar atividades irregulares/ilícitas de altos membros da empresa.

À base de todas as premissas aventadas, inclino-me a desenvolver a argumentação de que o *compliance officer* pode sim, dadas as devidas circunstâncias, ser *garante* do bem jurídico, desde que respeitadas as condições dogmáticas que são impostas pelo tipo, uma vez que os deveres de *compliance* insertos na lei caracterizam uma fonte do dever de garantia.

Referências bibliográficas:

- BERMEJO, Mateo G.; PALERMO, Omar. **La intervención delictiva del *compliance officer***. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 171-205.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica. *Eguzkilore*, San Sebastián, p. 117-138, dez. 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Prevenção à lavagem de dinheiro: novas perspectivas sob o prisma da lei e da jurisprudência**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, vol. 67, p. 163-195, jan/mar. 2015.
- COSTA, Helena Regina Lobo da; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. **Compliance e o julgamento da APn 470**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 106, São Paulo, p. 215-230, 2014.

- DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.
- JAKOBS, Günther. **Ação e omissão no Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. – Barueri, SP: Manole, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15 ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PLANAS, Ricardo Robes. **El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el derecho penal**. In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Espanha: Atelier Libros, 2013, p. 319-331.
- PRITTWITZ, Cornelius. **La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers**. In: LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL e IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*, Barcelona, Espanha: Marcial Pons, 2013, p. 207-218.
- RIOS, Rodrigo Sánchez; ANTONIETTO, Caio. **Criminal Compliance – prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 114, São Paulo, p. 341-375, mai/jun. 2015.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito penal econômico: parte geral**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, p. 529-558, 1988.
- SIEBER, Ulrich. Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: URQUIZO OLAECHEA, ABANTO VÁSQUEZ e SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal econômico y política criminal*, Lima: Tomo I, 2011, p. 205-246.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. *Revista de Estudos Criminais*, vol. 54, São Paulo p. 91-121, jul/set 2014.
- SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Criminal Compliance e as novas feições do Direito Penal Econômico**. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 59, São Paulo, p. 281, jan. 2013.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITOS COLETIVOS COMO REALIDADE DIALÓGICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE: ANÁLISE DO PAPEL DO STF NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440028

COLLECTIVE RIGHTS AS A DIALOGICAL REALITY AND JUDICIARY'S ROLE IN THE CONSTRUCTION OF PERSONALITY: ANALYSIS OF THE ROLE OF STF ON THE CASE RE 440028

Jaime Leônidas Miranda Alves¹
Universidade Federal de Rondônia

Sumário: Introdução; 1. A personalidade como processo de construção dialógica; 2. O Poder Judiciário como agente facilitador da construção da personalidade; 3. O ativismo judicial e a consagração dos direitos sociais; 4. O ativismo judicial e a efetivação da tutela coletiva; 5. O recurso especial 440028 e o papel do ativismo judicial na construção da personalidade; 6. Considerações finais

ReferênciasIntrodução

A presente pesquisa se sustenta sob duas constatações que, postas lado a lado, se configuram como ponto de tensão uma da outra: a primeira diz respeito à desigualdade como consequência da globalização e da revolução técnico-científica. Vale dizer, ao passo em que se tem crescimento exponencial do crescimento, o mesmo fenômeno, sob outra ótica permite demonstrar a pobreza, a marginalização e a criação de uma gama de problemas sociais que vem em seu bojo.

O outro ponto de constatação a fim de firmar a tese ora proposta se refere ao fato de que os direitos humanos – ou fundamentais, aqui a tônica não se revela na nomenclatura que se escolha utilizar - não são, como pretende a imensa doutrina, inerentes à pessoa humana. Explica-se: pensar em direitos como imanentes à existência da vida humana significa restringir sua análise a uma compreensão apriorística do fenômeno.

A pós-modernidade, contudo, exige mais do que se entende por direitos humanos. Como se verá adiante, a doutrina já vem revendo a compreensão de direitos humanos para abarcar a noção de processo; não como um dado, mas sim como construído dialógico a partir de uma esfera pública de convivência.

Os direitos humanos, portanto, a fim de serem gozados em seu máximo grau de efetividade necessitam de ser reconhecidos pelo outro e aí reside o grande desafio da pós-

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS) (conclusão prevista para abril de 2017). Secretário de Gabinete no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Autor do livro o novo constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais (Editora CRV)

modernidade: o reconhecimento e respeito aos direitos humanos do “diferente”; aquele que não se enquadra, em determinada esfera, no padrão oficial determinado pela sociedade.

Desrespeitar os direitos humanos de um indivíduo é mais que mero ato ilícito com consequências jurídicas: significa romper com a construção de sua personalidade de, possuindo implicações também extrajurídicas no descobrimento de seu ser. E essa é a tese da pesquisa.

Como antítese, num giro dialético, tem-se o questionamento acerca do papel do Poder Judiciário na formação do indivíduo, como mecanismo no processo dialógico de construção da personalidade a, fim de que os indivíduos saibam reconhecer a si mesmo e o seu papel na sociedade, não deixando que a crise de correspondência entre seu ser e o que é compreendido por determinado grupo impeça seu processo de desenvolvimento e, como consequência, limite o exercício regular de seus direitos.

1. A personalidade como processo de construção dialógica

A pessoalidade não é um dado e sim um construído. Essa premissa, que adiante será aplicada aos direitos fundamentais, chama relevo a partir de nomes como Taylor e Spaemann. No Brasil, nomes como Moureira discutem a personalidade como um atributo a ser alcançado sendo necessário, para tanto, uma série de condições. Ser da espécie humana é apenas uma dessas condições – ou requisitos – para se trabalhar a personalidade do indivíduo.

Para que se possa falar em personalidade no caso concreto, deve-se observar a possibilidade existencial que o indivíduo possui de, enquanto livre e coexistente, se construir; construir a visão que tem de si mesmo ao passo em que constrói sua visão de mundo, tudo a partir de uma rede de interlocução dialógica. “É por tal razão que a proposta de uma revisão hermenêutica dos direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento e a afirmação do direito do indivíduo se construir, assumir, reconhecer e ser reconhecido pela sua pessoalidade, intersubjetivamente compartilhada” (MOUREIRA, 2012, p. 18).

Nesse sentido, prossegue Moureira (2012, p. 18) questionando a conotação cristianizada do termo pessoa, que levou à doutrina majoritária, equivocadamente, pensar em dignidade humana como conceito inato à condição de ser humano. De fato, seria muito mais fácil pensar em respeito e tutela de direitos humanos se todos tivessem de fato implementado, pelo simples fato de existir, sua dignidade. Não é o que ocorre.

De forma a sintetizar o processo de construção da pessoalidade, Moureira (2012, p. 19) apresenta o seguinte problema: se uma pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou coisa, deixará de ser pessoa? Sob o crivo de um processo dialógico de construção do ser tem-se que não se retirará o conceito teórico de pessoa, mas se estará

comprometendo suas implicações práticas, especialmente no que se refere ao exercícios de direitos fundamentais – ou humanos.

Nesse diapasão, na medida em que uma pessoa passa a ser tratada como não-pessoa, deixa de ser, em termos práticos, pessoa, visto que a dignidade necessária para seu reconhecimento não é inerente, mas sim uma condição construída a partir da relacionalidade. Não deixará, por óbvio, de ser humano, mas a negação por parte da sociedade de sua pessoalidade a estará reduzindo à condição de coisa. Com efeito, “o diferencial entre o cão e o homem está no fato deste se autodeterminar e poder se fazer pessoa, ao assumir a sua pessoalidade” (SPAEMANN, 2000, p. 38).

Também em Hegel (2005) se trabalha a questão do reconhecimento da personalidade. A teoria hegeliana caminha no sentido de negar o reconhecimento como faceta da “história da sociedade”, se aproximando da compreensão da formação do indivíduo para o universo social. Dito de outra forma, tem-se um redirecionamento em favor do reconhecimento da personalidade como processo de formação da autonomia pessoal, decorrência lógica do modelo substancialista de eticidade. Com efeito, Hegel nega a representação clássica de natureza, como essência das conexões ordenadoras estruturadas sistemática e teleologicamente, partindo em direção a uma gradativa ocupação com a autonomia do indivíduo como construtor de sua personalidade.

De novo em Moureira (2002, p. 19), tem-se que a busca pela efetivação das liberdades individuais deve-se dar a partir do processo de construção e afirmação da própria identidade, num movimento dialógico de reconhecimento. Cumpre, portanto, ao estudioso do Direito pensar numa nova hermenêutica dos direitos fundamentais, de caráter pluralista e democrática, que reclama para si um entendimento de pessoa humana como um complexo, mutável, construído e reconstruído, autodeterminado e relacionado a partir de um constante discurso público cujo ponto nevrálgico é a própria identidade e a aceitação da identidade, por si mesmo e pelos outros.

Pensar em direitos humanos significa, desta feita, voltar a atenção ao indivíduo enquanto ser livre, apto a se autodeterminar e ter essa personalidade, por ele construída, relacionada; pressupõe uma compreensão da pessoa como indivíduo intersubjetivamente compartilhada.

A partir do reconhecimento de si mesmo e do outro, o indivíduo passa a se construir enquanto pessoa humana, atuando como participante ativo na rede de interlocução, podendo participar livremente da vida social e política democraticamente. O indivíduo visto enquanto pessoa deliberativa, ou seja, possui o condão de fazer seus interesses serem ouvidos e comporem o discurso público. Mais que isso, é capaz de compreender-se como titular de direitos e exigir o seu respeito em face do Estado e da coletividade.

2. O Poder Judiciário como agente facilitador da construção da personalidade

A tônica da construção da personalidade é o reconhecimento e a liberdade que tem o indivíduo de se moldar como pessoa. Mas conhecer e reconhecer reclamar um exercício de respeito e compreensão das alteridade que se vê dificultado quando pensado na sociedade pós-moderna.

Para se reconhecer, deve-se antes enxergar e um dos frutos da pós-modernidade é a crise de consciência que levou à invisibilidade social do pobre, o que, infelizmente, dá a tônica da sociedade.

No mundo globalizado pós Revolução Técnico-Científico-Informacional em que os problemas econômicos se proliferam no mesmo ritmo que os interesses das corporações mundiais, o crescimento dos vencedores do capitalismo é antagonizado pelo problema da pobreza, que leva à rejeição dos indesejados. Constroem-se, dessa forma, uma teoria das elites sustentada por preconceitos contra todos aqueles que não atendem aos parâmetros desenhados para atender a essa vida consumista. “O não reconhecimento da alteridade seja por discriminação de cor, sotaque, cultural, estética, se faz presente no cotidiano. Vivenciamos uma globalização perversa” (OLIVEIRA SOBRINO, 2013).

Conforme ensina Oliveira Sobrinho (2013), o século XXI – século da pós-modernidade – revela um dos maiores dilemas humanos: a pobreza enquanto questão central do espírito do próprio capitalismo em vigor.

Como resposta à pobreza, a sociedade passa por um processo de negação da pluralidade cultural, de forma a aumentar as diferenças entre aqueles que estão dentro e fora dos padrões morais e de consumo burgueses. Cria-se, portanto, um sistema sustentado pela perspectiva “*nós versus eles*” e, a “*eles*”, se nega os aspectos mais caros à vida humana, como a própria construção da personalidade e o exercício pleno dos direitos humanos, não obstante devidamente assegurados em Cartas Constitucionais e em Tratados Internacionais.

Esses apontamentos servem para reflexão acerca da pobreza enquanto problema jurídico e questão para além do Direito; a formação de sociedade dualista – *nós versus eles* - fere a afirmação histórica dos direitos humanos e da busca pela dignidade, na medida em que, em tempo líquidos (BAUMAN, 2007), parece natural negar aquilo que há muito se considerou imanente da pessoa humana. Natural ou não, é o que ocorre e, identificadas as desigualdades sociais, questiona-se o papel do Direito nesse mister.

Em tempos de neoconstitucionalismo, estabelecido na Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade humana, tem-se por base do ordenamento jurídico a tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental, as quais constituem a força ativa e determinante das inovações no Direito, surgindo a pretensão de reerguer os destroços do direito liberal-individualista,

Esse processo de constitucionalização implica na substituição do centro valorativo do Direito: em lugar do indivíduo surge a pessoa, e no lugar da liberdade individual absoluta, ganha significado e força jurídica a solidariedade social. Passa-se a pensar o direito sob a ótica do sociatismo (ALVES; MARISCO, 2015, p. 43).

E é esse sociatismo que obriga ao Estado agir. O neoconstitucionalismo, dentre outros reflexos, inaugurou o Estado Constitucional Moderno ou, dito de outra forma, a modernidade político-jurídica caracterizada pela vedação constituição de proteção jurídica insuficiente dos direitos humanos. Surge para o Estado, nesse sentido, o papel de proteger e garantir o respeito aos direitos humanos.

Essa nova hermenêutica constitucional no sentido de proteger os direitos humanos reclama uma virada paradigmática no sentido de compreender a relação entre os Poderes de maneira a possibilitar uma maior liberdade ao Judiciário na defesa dos princípios-fins adotados pela Constituição Federal de 1988.

Fala-se, por conseguinte, em um protagonismo judicial; uma flexibilização da teoria clássica da separação dos Poderes admitida no afã de permitir uma atuação política-jurídica com vistas por parte do Judiciário a fim de garantir a força normativa da Constituição, pronunciando-se sobre questões políticas, ainda que subsidiariamente.

Assim, frente à passividade dos Poderes Executivo e Legislativo, provocar-se-á o Judiciário para que com seus mecanismos reclamem a viabilização dos direitos assegurados na Constituição. A esse ativismo, consigna-se seu caráter subsidiário e por exceção. *Prima facie*, não caberia ao Judiciário ponderar acerca da conveniência de realização de políticas públicas ou ações afirmativas ou, em determinada esfera, novar o direito positivo, mas frente ao caso concreto, direitos que, segundo a Constituição são irrestritos e impassíveis de limitação, veriam sua eficácia totalmente exaurida não fosse o protagonismo judiciário.

Nessa perspectiva, questões como a tutela da saúde e da educação, e decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, além da consignação acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais relevam por parte do Poder Judiciário a busca pela função promocional do Direito.

Cada pronunciamento judicial em que se reconhece uma prerrogativa compatível com o sistema constitucional se está a caminhar no sentido de possibilitar a construção de personalidade das partes que compõem a lide. Aos atores sociais é conferida nova chance de construir sua dignidade pela remoção de obstáculos fáticos pelo Poder Judiciário. A cada decisão se torna mais fina e resolúvel a linha que divide “nós” e “eles”.

O reconhecimento de direitos por parte do Poder Judiciário caminha no sentido de possibilitar a aceitação da alteridade pela pluralidade, se aproximando, cada vez mais, da formação de uma sociedade fundada em instituições justas e éticas, em que a todos é possibilitada a livre escolha na formação de sua personalidade, respeitada pela coletividade.

Permite o ativismo enxergar e, na medida do possível, reduzir as desigualdades. Esse é o primeiro passo em favor do reconhecimento do outro. Surge, assim, uma cultura de aceitação e de construção de identidade social fundada na pluralidade de forma que se pode pensar – ainda que de forma utópica – em um momento na sociedade em que não haverá de se “aceitar” o *outro*, porquanto todos serão reconhecidos e respeitados em sua personalidade e dignidade. Não haverá a figura do *outro*, mas apenas indivíduos construtores e reconstrutores, dialogicamente, de sua identidade enquanto pessoa na esfera pública de convivência.

3. O ativismo judicial e a consagração dos direitos sociais

O ativismo judicial não surgiu por si só; trata-se de fenômeno que veio como resposta à crise de eficácia pela qual passou o Estado Moderno no que concerne à tutela dos direitos sociais. Explana-se: os direitos sociais, como corolário do mínimo existencial e, por isso, ponto nevrálgico no processo dialógico de construção da personalidade, reclamam uma conduta ativa.

A partir dessa perspectiva de vedação de proteção insuficiente – *Untermassverbot* – passa-se a se questionar critérios que vão além de sua justificabilidade, mas confrontam aspectos de operabilidade. Fala-se, por conseguinte, na judiciabilidade dos direitos sociais, como consequência natural da necessidade de se conferir força normativa aos comandos constitucionais.

Nessa senda, tem-se o ativismo como resposta à crise pela qual passou o Estado Social (ALVES; MARISCO, 2015).

O ativismo judicial, procedimento pelo qual, segundo parte da doutrina, o juiz cria novo direito a par do direito posto, é visto atualmente como alternativa à tendência das constituições modernas em compor em seu texto grande número de normas programáticas no mister de alcançar uma – utópica? – justiça social.

Esse caminhar em direção à consecução do bem comum, de forma a reduzir desigualdades sociais por meio da concretização de valores e a realização de políticas públicas por vezes traz um descompasse entre comandos constitucionais e o que se pode observar no campo fenomenológico.

Isso posto, pode-se afirmar que os direitos sociais são normas programáticas, na medida em que, ainda que previsto nas Cartas Constitucionais, esse rol de direitos passa a depender da atuação positiva do Estado para que passe a ter aplicabilidade integral. Daí porque falar-se em um verdadeiro “constrangimento epistemológico” (STRECK, 2011) no que tange à natureza de direitos sociais como normas programáticas.

Resta evidente que justamente por se formarem como normas de princípio-fim, os direitos sociais caracterizam-se por não regularem diretamente a matéria, e por isso, vinculam o Estado, dependendo da atuação positiva, seja legislativa ou administrativa para que sejam estabelecidos no plano fático.

Sob a égide do pensamento neoconstitucional, refuta-se a compreensão do Direito como fim em si mesmo ou, pior, do Direito como instrumento de dominação social, e passa-se a enxergar a ciência jurídica como mecanismo constituído no mister de garantir o mínimo necessário à vida digna.

É nesse cenário que a Constituição Federal de 1988 consagrou no âmbito normativo-formal matérias como saúde, educação, cultura, previdência, dentre outros, não obstante, esse rol, que consubstancia os direitos sociais, tenha sua eficácia barrada no plano fenomenológico.

Vale dizer, trazer ao campo fático a máxima eficácia dos direitos sociais sempre foi um desafio, na medida em que, até muito recentemente, sua obrigatoriedade – e judicialidade – ainda era discutida.

A crise que acomete os pontos de eficácia dos direitos sociais é justificada por Ctorie (2013, p. 33) tendo em vista que a proteção das dimensões positivas de todos os direitos e liberdades reclamam recursos por parte do Poder Público.

Desta feita, não deixa a crise econômica de representar a causa de uma crise de direitos sociais. Conforme explana Ctorie (2013, p. 33-4) “nessa medida, é caso para se dizer que todos os direitos fundamentais sofrem as consequências da crise, sejam direitos econômicos, sociais e culturais, sejam direitos, liberdades e garantias.”

O neoconstitucionalismo identifica o mister de garantir os direitos sociais como consequência lógica da interpretação constitucional e encontra como alternativa à questão dos direitos fundamentais o ativismo judicial, que todavia, esbarra nos limites da repartição constitucional de competências.

4. O ativismo judicial e a efetivação da tutela coletiva

A tutela coletiva é, sem dúvidas, uma alternativa à questão da morosidade do Poder Judiciário que desponta na chamada sociedade de massa. Com efeito, antes de determinar os contornos da tutela coletiva, mister se faz compreender o interesse coletivo *lato sensu*, este *conditio sine qua non* à existência e instrumentalidade daquela.

Nesse sentido, o interesse coletivo *lato sensu* é tido como o “interesse pessoal de um grupo de pessoas, ou seja, como o interesse de uma pessoa jurídica, que em última análise não deixa de ser um interesse individual, em razão do reconhecimento de personalidade jurídica àquela” (BELINETTI, 2005, p. 667).

Dito de outra forma, o interesse coletivo se consubstancia em uma soma de interesses individuais levados a conhecimento do Poder Judiciário. Desta feita, é certo que os interesses coletivos *lato sensu* – ou, como denomina parte da doutrina, metaindividuais, visto que ultrapassam a esfera de interesse do indivíduo – relacionam-se diretamente com a terceira dimensão de direitos fundamentais – mais especificamente à parte dos direitos fundamentais que cuida em tutelar os chamados direitos de fraternidade. Ademais, no confronto clássico entre direitos públicos e

privados, Silva (2003) preleciona que os interesses metaindividuais situam-se em uma zona intermediária, rompendo, portanto com a clássica definição de direito subjetivo. Nesse sentido: Destarte, os direitos que integram essa nova categoria de interesses são definidos como aqueles que, malgrado não sejam propriamente interesses estatais, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Estes excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público embora destes se aproximem, mas sob outro enfoque (SILVA, 2003, p. 49).

Nesse jaez, os direitos metaindividuais, não obstante ultrapassarem a esfera de interesse do indivíduo, uma vez que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, não constituem interesse público. Conforme entendimento doutrinário abalizado, o interesse coletivo lato sensu, ou metaindividual, compreende os interesses difusos, os coletivos stricto sensu e os individuais homogêneos.

Necessário se faz, por conseguinte, conceituar esses institutos para que seja, então, possível compreender de maneira adequada os aspectos relevantes entorno da tutela coletiva. Assim, observa-se que cuidou o Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir o microsistema de proteção e defesa dos consumidores, em definir o que viria a ser considerado interesses difusos - “os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”(art. 81, I) - , interesses coletivos - “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”(art. 81, II) – e interesses individuais homogêneos – “os decorrentes de origem comum” (art. 81,III).

A partir de agora, analisar-se-á as espécies de interesses metaindividuais, a começar pelo direito difuso. Diz-se direito – ou interesse difuso – àquele inerente a toda a coletividade, de forma indeterminada. Ou seja, trata-se de interesse no qual seus sujeitos não podem ser identificados na medida em que inexistente ‘vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso’ (SILVA, 2003, p. 51).

Sob a ótica objetiva, interesse difuso é aquele caracterizada pela individualidade do objeto. Também os interesses coletivos stricto sensu se caracterizam pela individualidade do bem jurídico, vale dizer ‘uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia (BELINETTI, 2005, p. 672).

Diferenciam-se dos interesses difusos, noutro giro, no aspecto subjetivo, uma vez que o direito coletivo tem por pressuposto a existência de uma relação jurídico ou fática existente entre os membros do grupo (titulares do direito). Conforme lição de Belinetti (2005, p. 673) a relação jurídica é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico e pode ocorrer entre os membros do grupo ou entre estes e a parte contrária. Com efeito, a diferença marcante entre os interesses difusos e o coletivo é justamente o fato de neste existir relação jurídica entre aos titulares do direito.

Já no tocante aos interesses individuais homogêneos, conforme estabelecido no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, estes são os interesses que se originam de fato comum.

Nesse cotejo, imperioso destacar que interesses individuais homogêneos são o que pode-se considerar acidentalmente coletivos, tendo em vista que, consentânea lição de Watanabe (2001, p. 751), são “individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados”. É certo, então, que os interesses individuais homogêneos são direitos individuais que, por compartilharem de uma origem comum, o legislador entendeu por bem tratar-lhes de maneira coletiva, movido, quiçá, pela economia processual e princípio constitucional do acesso à justiça.

Tendo compreendido os aspectos que distinguem o interesse individual dos metaindividuais, cumpre agora, consignar os pontos relevantes acerca da tutela coletiva e como esta tem o condão de interferir no plano de eficácia dos direitos sociais. Primeiramente, há de se destacar que a jurisdição é, desde suas raízes, enxergado sob a ótica individual. Ou seja, da mesma forma que a concepção clássica da relação jurídica tem como condão proteger direitos individuais, o processo é o instrumento de efetivação desses direitos.

Pensar em tutela coletiva, nesse sentido, representa verdadeira releitura dos direitos – individuais e metaindividuais – e do próprio princípio constitucional do acesso à justiça. Fala-se, por conseguinte em um novo paradigma processual, segundo o qual “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos «direitos públicos» relativos a interesses difusos.” (CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 51) Nesse afã, cumpre destacar que as bases teóricas acerca da tutela coletiva remontam ao direito comparado, na *class action* do Common Law. Acerca do tema, Bueno (1996, p. 93): A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. No mesmo diapasão, a *class action* era justamente a possibilidade jurídica de uma ou mais de uma pessoa atuar em defesa de interesse metaindividual.

Nesses casos, o polo ativo da ação representava os demais interessados, não se configurando, necessariamente, um litisconsórcio. Sob esse prisma, a tutela coletiva era observada no que tange o próprio objeto da relação jurídica pleiteada, uma vez que este aproveitava a toda uma coletividade. A ação coletiva, que de forma hialina encontrou respaldo nas *class actions* norteamericanas consiste justamente na ideia de que “o litígio pode ser levado a juízo por uma única pessoa, em razão da legitimação extraordinária dos co-legitimados” (MOREIRA, apud GIDI, 1995, p. 15).

Noutro giro, Gidi (1995, p.16) afirma que o que, caracteriza a ação coletiva é o fato desta ser proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente considerado, sendo certo que os efeitos da sentença surtirão efeitos sob toda a coletividade. Fala-se por conseguinte em coisa julgada coletiva. A importância da tutela coletiva remonta justamente no fato de ser possível socorrer diversos direitos

metaindividuais – ou até mesmo individuais homogêneos – sem que seja necessário abarrotar de processos o Poder Judiciário.

É por isso que fala-se que a tutela coletiva está intimamente relacionada ao princípio constitucional do acesso à justiça e nesse sentido, evita-se que, em determinados casos, de um fato que gerou dano coletivo, surjam milhares de ações cujo custo para o aparelho estatal acaba por ser maior à reparação pleiteada. “De outra banda, pela via coletiva, o valor patrimonial da causa passa a ser relevante e, não raras vezes, exorbitante, o que viabiliza a propositura da ação” (SILVA, 2003, p. 46).

Nesse sentido, além de implicar em acesso à justiça, tutela coletiva passa a ser sinônimo de economia processual, daí porque sua conexão com os direitos sociais, especialmente quando instrumentalizado via ativismo judicial. Vale dizer, não obstante todo o ideário acerca da tutela coletiva e das ações coletivas tenha como base teórica a construção acerca dos direitos de terceira dimensão – fraternidade –, uma vez que se possibilita ao Estado satisfazer o interesse de um grupo na sociedade de massas – às vezes por meio até da consecução de políticas públicas – está-se a sujeitar o Poder Público a efetivar os direitos constitucionalmente estabelecidos. Com efeito, a tutela coletiva passa a ser considerada um instrumento para, além da fraternidade, alcançar-se a solidariedade e igualdade material, corolários do constitucionalismo social. Contribui, ainda, de forma inquestionável, para a construção de identidade de grupos minoritários que, na pós-modernidade, sofrem com uma crise de falta de reconhecimento.

5. O recurso especial 440028 e o papel do ativismo judicial na construção da personalidade

Quando se pensa na teoria do reconhecimento e no papel do Poder Judiciário para implementar esse reconhecimento via processo dialógico numa esfera pública de interação, imperioso destacar o caso paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal no bolo do Recurso Especial 440028.

Nos autos, que se originaram de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, se discutia o dever do Estado em promover reformas na escola pública Professor Vicente Teodoro de Souza, em Ribeirão Preto, no sentido de possibilitar o seu pleno acesso a pessoas com deficiência.

De fato, constatou-se que o prédio da escola apresentava barreiras nas estradas e na quadra de esportes, que tornavam inviável a circulação de alunos com deficiência física, além de não haver banheiros sem os equipamentos necessários para garantir o acesso seguro. Outro fator que agravava o acesso se referia ao fato de que os alunos que necessitavam de fazer uso de cadeira de rodas para fins de locomoção não tinham acesso aos pavimentos superiores do prédio, acessível apenas via escadas.

Como fundamento do acórdão, decidido em unanimidade pela Primeira Turma do STF, se discutiu a aplicabilidade do art. 227, §2º da Constituição Federal que

determina a edição de lei versando acerca das normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Aqui, tem-se que eventual omissão do Poder Legislativo – o que não é o caso – não é argumento hábil a justificar o desamparo a direito consagrado constitucionalmente. A nova hermenêutica constitucional caminha no sentido de vedação ao retrocesso social o que implica na compreensão dos direitos fundamentais sob a ótica objetiva. Pensa-se, ainda, conforme um entendimento maduro, numa relação credor-devedor, devendo o Estado fazer ou deixar de fazer o necessário para implementar direito constitucionalmente assegurado.

Desta feita, a omissão do Poder Legislativo, por si só, apenas legitima a atuação *para além* do Poder Judiciário.

No caso em concreto, três foram os requisitos que possibilitaram a procedência da demanda: a) a natureza constitucional da política pública reclamada, b) a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e; por fim, c) a prova de que há omissão ou prestação deficiente da Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento.

Segundo esboçou o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. O artigo 206, inciso I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância a regra constitucional, colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade. A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 SÃO PAULO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO RECTE. (S) :MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RECD.(A/S) :ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO).

Voltando à questão da construção da personalidade, tem-se que o processo dialógico a que se reportam os defensores da teoria do reconhecimento não é tarefa fácil. Pelo contrário, exige que ao indivíduo em formação de sua identidade sejam fornecidas todas as condições necessárias para o seu integral desenvolvimento.

Nesse diapasão, quando se refere às minorias, o processo de construção é ainda mais dificultoso em razão dos mais diversos obstáculos, sejam eles naturais ou impostos pela sociedade, ainda que de forma inconsciente, daí porque ser latente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário nesse mister.

Ao se pensar na construção da personalidade, a educação formal se vê como aspecto fundamental. Para conhecer a si mesmo e os tantos mundos à disposição, o indivíduo a se tornar pessoa depende de conhecimentos básicos, muitos dos quais só tem acesso quando respeitado seu direito constitucional de educação.

Observa-se que no caso em tela, ao determinar a reforma da escola com o fito de possibilitar o seu acesso integral por pessoas com necessidades especiais, o Poder Judiciário supriu uma omissão do Executivo e fez com que, para um universo determinado de pessoas, se abrisse um universo ilimitado de possibilidades de construção e reconstrução de si mesmos e da sociedade que querem integrar.

6. Considerações finais

A partir da constatação da dignidade humana como construído, impende questionar o que é necessário para sua consolidação. A dignidade e a pessoalidade, de fato, não são imanentes à pessoa humana: inerente é a possibilidade de, por meio de um processo dialógico construir essa dignidade a partir de escolhas de formação de identidade e de seu reconhecimento numa esfera pública de convivência.

Esse processo, contudo, é afetado consideravelmente, pela dinâmica da sociedade. Em tempos de pós-modernidade, vê-se uma verdadeira liquefação de valores, acompanhada por um processo de invisibilização da pobreza e da diferença. Tudo consequência de um capitalismo desenfreado.

Ocorre que para se reconhecer, é necessário antes se perceber. Deve-se, portanto, enfrentar os valores impostos pela pós-modernidade no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Ressuscita o neoconstitucionalismo o axioma da função promocional do Direito em uma hermenêutica de defesa e garantia de direitos humanos.

Porquanto a dignidade da pessoa humana e a redução da pobreza sejam realidades constitucionalmente asseguradas, percebe-se que são valores que não se veem implementados no plano fenomenológico. Surge aí a fundamentalidade da atuação do Poder Judiciário, que em uma virada paradigmática, relativiza a teoria clássica da Separação dos Poderes no mister de possibilitar uma conduta proativa, sempre válida quando o que se busca é a consecução dos valores constitucionais.

Cita-se, a título de exemplo, questões como a tutela da educação e da saúde, além das decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, que permitem pensar no advento de uma cultura de aceitação e construção de idades sob o prisma do respeito da pluralidade em suas diversas formas.

No caso em tela, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 440028), o Supremo Tribunal Federal em perfeita manifestação de ativismo judicial, determinou ao Executivo que adequasse prédio de escola no sentido de eliminar barreiras físicas que impossibilitam o acesso ao local por pessoas cadeirantes.

Mais que isso, nesse caso paradigmático o Supremo Tribunal Federal eliminou barreiras invisíveis, porém sentidas. Além de possibilitar acesso físico ao local, devolveu, em determinado grau, a determinado grupo de pessoas a possibilidade de construir sua personalidade, impondo seu ser ao diálogo próprio dos espaços públicos de deliberação. Representou um novo momento de compreensão no modo como os direitos coletivos são tratados pelo Poder Judiciário.

Em casos como esse é perceptível que a concepção de Judiciário como *bouche de la Loi* é insuficiente para a realidade pós-moderna. Mas que realizar a subsunção do fato à norma, está o Poder Judiciário encarregado de implementar as condições necessários ao gozo dos direitos essenciais constitucionalmente assegurados. Aqui, se tem como superada as discussões em torno da legitimidade do Poder Judiciário para tanto quando se observa, na análise do caso concreto, personalidades sendo construídas em razão de uma atuação judicial.

Possibilitando a construção da identidade dos grupos que compõem as minorias, consagra-se a dignidade da pessoa humana que, além da proteção jurídica constitucionalmente assegurada, estará amparada pelo sentimento de compartilhamento na esfera pública de convivência. Tal representaria, além de um novos contornos da percepção da dignidade humana, um giro paradigmático no que concerne à tutela dos direitos coletivos.

Referências

- ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. **O novo constitucionalismo latino-americano**. Curitiba: Editora CRV, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BELINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e Individuais homogêneos. In: **Estudos de Direito Processual Civil**, Ed. RT, 2005, p. 666/671.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sergio A. Fabris editor, 1988.
- CRORIE, Benedita Mac. Os Direitos Sociais em Crise? In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) **A crise e o Direito Público**: VI encontro de professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

- GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Más allá del estado nacional**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HEGEL, G.W.F. **Introdução à Filosofia do Direito**. Clássicos da Filosofia: Cadernos de tradução. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MOUREIRA, Diogo Luna. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em movimento: o processo dialético de construção e afirmação da pessoalidade. *In: Revista DIXI* vol. 14. núm. 16 julio – diciembre, 2012.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Da ética na dialogicidade à dignidade da pessoa humana: o neoconstitucionalismo com vistas ao reconhecimento da alteridade no acesso à justiça. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: Parâmetros Dogmáticos. Editora Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- SILVA, Viviani Leite da. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes. 2003.
- SPAEMANN, Robert. **Personas**: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”. Ed. Eunsa, 2000.
- STRECK, Lenio Luis. Contra o Neoconstitucionalismo. *In: Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011b, nº. 4, Jan-Jun, p. 9-27.
- _____. **Hermenêutica Jurídica e(em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- _____. **O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito**: a necessária concretização dos direitos humanos. *In: Hendu*, vol. 1: julho, 2010. Disponível em:

<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/603>.

Acesso em: 01 mar. 2015.

TAYLOR, Charles. As fontes do Self: a construção da identidade moderna. Ed. Loyola, 1997

O PAPEL DAS AUDITORIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NA ADOÇÃO DE BOAS PRÁTICAS AMBIENTAIS DOS MUNICÍPIOS

Camila Rabelo de Matos S. Arruda¹

Universidade Veiga de Almeida – (UVA)

Leticia Maria de Oliveira Borges²

Universidade Veiga de Almeida(UVA)/Universidade Estácio – (UNESA)

Sumário: 1. Introdução; 2. Resultados e discussão; a) Aspectos conceituais da Auditoria Ambiental; b) O Papel do Tribunal de Contas do Estado; c) O resultado das Auditorias Ambientais do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; 3. Considerações finais

Referências

1. Introdução

Os Tribunais de Contas são órgãos administrativos, com autonomia orçamentária e administrativa, responsáveis pela maioria das competências ligadas ao controle externo da administração pública. A este órgão cabe estabelecer as regras pertinentes a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. A Lei Estadual nº 63/90, que é a Lei Orgânica do TCE/RJ estabeleceu em seu artigo 3º, inciso II, a competência deste órgão realizar por iniciativa própria inspeções e auditorias.

Este controle será exercido em três vertentes:

- Por meio de fiscalização ambiental de ações executadas por órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e de políticas e programas de desenvolvimento que possam degradar o meio ambiente;
- Por meio da fiscalização de políticas e programas de desenvolvimento que tenham potencial de causar danos ambientais e projetos e atividades que possam gerar impactos negativos ao meio ambiente;
- Por meio da inserção do aspecto ambiental nos processos de tomadas e prestações de contas de órgãos e entidades integrantes do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente e daqueles responsáveis por políticas, programas, projetos e atividades com potencial de degradar o meio ambiente.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Ciências do Ambiente pela Universidade Veiga de Almeida e Docente de Direito da Universidade Veiga de Almeida – UVA

² Doutoranda em Direito na Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Direito pela UGF e Professora de Direito da Universidade Veiga de Almeida – UVA e Universidade Estácio - UNESA

Segundo Achkar (2011), a questão que reforça a relevância da missão institucional conferida às cortes de controle externo é o descaso do poder público para com o meio ambiente.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCE/RJ vem desenvolvendo uma sistemática que visa avaliar o desempenho das ações das administrações, tendo as auditorias como principal instrumento na realização desta tarefa.

O TCE/RJ realizou Auditorias exclusivamente de cunho Ambiental em determinados municípios, tomando por base o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH e a receita municipal foram auditados no período entre 2006 e 2008 os municípios: de Cabo Frio (Processo TCE/RJ nº 243.358-6/08), Duque de Caxias (Processo TCE/RJ nº 232.384-6/08), Macaé (Processo TCE/RJ nº 224.872-3/07).

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a contribuição das auditorias ambientais para a adoção das boas práticas ambientais pelos municípios. Para alcançar este objetivo foi necessário reconhecer os aspectos conceituais da auditoria ambiental, identificar as competências do Tribunal de Contas do Estado, nomear os principais aspectos das auditorias ambientais realizadas pelo Tribunal de Contas do Estado.

A presente pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico e revisão da legislação pertinente, em livros, dicionários, revistas especializadas, periódicos, jornais, teses e dissertações com dados sobre assunto. Foram analisados os documentos, especificamente, os processos de auditorias ambientais do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Foram realizadas pesquisas em trabalhos acadêmicos como: artigos científicos, teses e dissertações nos sites: www.periodicos.capes.gov.br e google acadêmico (www.scholar.google.com.br).

2. Resultados e discussão

a) Aspectos conceituais da Auditoria Ambiental

A Auditoria Ambiental, segundo Bureau Veritas Quality International (1996), objetiva, de forma específica, estabelecer parâmetros confiáveis para a execução de exames e avaliação do desempenho ambiental dos sistemas de gestão, além de avaliar as potencialidades de riscos ambientais inerentes às políticas e procedimentos utilizados.

Na visão de Bureau Veritas (1996), a Auditoria Ambiental é uma avaliação de forma objetiva, sistemática e periódica do sistema gerencial como um todo, devendo abranger as seguintes funções básicas:

- Identificar o potencial técnico e científico dos profissionais que atuarão na modalidade ambiental;
- Relacionar os padrões de auditoria usuais para a modalidade ambiental, em função da legislação vigente; Delimitar o escopo do trabalho de auditoria;

- Verificar habilidades e trabalhar a qualificação dos membros da equipe de auditoria;
- Estabelecer parâmetros capazes de fazer garantir a consistência dos trabalhos de auditoria;
- Estabelecer critérios sobre a relação objetividade/subjetividade para definir as variáveis que se consubstanciarão em evidências para a auditoria;
- Classificar as evidências em função da tipologia: documental, analítica, física, e de testemunho;
- Desenvolver mecanismos para avaliação do desempenho da equipe de auditoria;

Desta forma, podemos entender que a Auditoria Ambiental é utilizada como um excelente instrumento de controle ambiental, onde são verificados os cumprimentos das normas, das políticas ambientais e obrigações legais. Cabem as autoridades ambientais, no entanto, verificar o cumprimento dessas normas e incentivar a adoção de políticas institucionais educativas e informativas para incentivar as melhores práticas ambientais. Compreendendo as suas funções, a auditoria ambiental estará pronta para trabalhar a sua operacionalidade junto aos órgãos que audita.

A auditoria ambiental é uma forma de avaliação que requer padrões pré estabelecidos. Estes descrevem as etapas a serem observadas no processo de auditoria ambiental, sendo estas, de relevante importância à capacitação e à formação interdisciplinar das equipes de auditoria, que devem em seus relatórios considerar os aspectos multidisciplinares. Convém enfatizar também a importância de avaliar o desempenho da equipe de auditoria ambiental, que deve realizar um trabalho autônomo e isento das informações contidas nos documentos e observadas *in loco*.

Perrone (1996) descreve a auditoria ambiental como uma forma específica: de estabelecer parâmetros confiáveis para a execução de exames e de avaliação do desempenho ambiental dos sistemas de gestão, bem como de avaliar as potencialidades de riscos ambientais inerentes às políticas e procedimentos utilizados.

Silva (1997) igualmente enfatiza a existência do caráter preventivo no Estudo de Impacto Ambiental:

O estudo de impacto tem por objeto avaliar as proporções das possíveis alterações que um empreendimento, público ou privado, pode ocasionar ao meio ambiente. Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa evitar as consequências danosas, sobre o ambiente, de um projeto de obras, de urbanização ou de qualquer atividade. (Silva, 1997 pág. 288-289)

Sales (2001) traz a sua contribuição em relação a Auditoria Ambiental:

“Uma das principais aplicações da auditoria ambiental é o seu uso como instrumento de controle ambiental, ou seja, como uma medida utilizada pelas autoridades ambientais no cumprimento de suas políticas e obrigações legais de fomento, fiscalização e implementação de normas e políticas ambientais que um dos principais objetivos desse tipo de auditoria, consiste na fiscalização e

implementação das normas ambientais por meio do controle, promovido pelas autoridades ambientais, do cumprimento das políticas ambientais e obrigações legais das empresas. As formas possíveis dessa aplicação são variadas e se estendem desde atividades de cunho informativo e educacional destinadas a esclarecer e fomentar a adoção de auditoria até medidas de controle que impõe a sua adoção compulsória, passando por medidas de incentivos indiretos”.

A Auditoria ambiental, segundo Sales (2001), pode ser genericamente definida como o procedimento sistemático por meio do qual uma organização avalia as próprias práticas e operações que oferecem riscos potenciais ao meio ambiente e à saúde pública, para averiguar sua adequação a critérios pré-estabelecidos como: requisitos legais, normas técnicas e/ou políticas, práticas e procedimentos desenvolvidos ou adotados pela própria empresa ou pela indústria a qual pertence.

Em consonância ao que foi descrito por Sales, a Auditoria Ambiental é usada para o controle ambiental das autoridades onde, por meio da fiscalização, são avaliadas as práticas que oferecem risco, sendo implementadas as normas específicas e as novas políticas de controle ambiental.

Segundo Teixeira (2002), a Auditoria Ambiental pode ser entendida na condição de instrumento útil à sistematização de inspeções, análises e avaliações das condições gerais dos problemas ambientais de empresas potencialmente poluidoras.

Teixeira (2002) descreve as fontes de poluição e submissão aos riscos ambientais, devendo a Auditoria Ambiental cumprir com os seus objetivos operacionais, revestindo o processo de tomada de decisões com dados e informações pertinentes ao processo decisório no âmbito das internalidades e peculiaridades dos fatores de produção envolvidos. Os gestores devem perceber de forma sistemática e sistêmica, de modo a antever os conflitos ambientais, aos quais suas gestões possam estar sujeitos por um determinado tempo.

A Auditoria Ambiental é um instrumento útil à sistematização de inspeções, análises e avaliações, no entanto, há uma corrente que entende a Auditoria Ambiental como um processo e não como um instrumento. O processo de Auditoria Ambiental obedece a parâmetros pré estabelecidos na legislação vigente, a fim de proteger o meio ambiente e mantê-lo para as gerações futuras.

Silva (2004) enfatiza que a Auditoria Ambiental é uma área relativamente nova, mas essencial para garantir o atendimento aos programas de proteção ambiental. Apresenta-se como um desafio ao Controle Externo, dado o nível de especialização requerido dos profissionais que deverão executar o trabalho.

Grizzi (2004) fundamenta-se no pensamento que é possível constatar que as auditorias ambientais podem ser consideradas como verdadeiros instrumentos de controle ambiental. Essas auditorias têm por principal função identificar e documentar as práticas positivas e negativas das empresas em relação ao meio ambiente, dando enfoque aos possíveis e atuais impactos ambientais ocasionados pela atividade

econômica. Posteriormente, os dados coletados na auditoria servirão de embasamento para propor uma nova política ambiental compatível com os princípios ambientais.

Na visão de Grizzi (2004), a Auditoria Ambiental pode ser considerada como um instrumento de controle ambiental. Em contraponto a essa visão, outros especialistas descrevem como sendo um processo onde são avaliados os documentos e identificadas às práticas necessárias para mitigar os danos ambientais. O Estudo de Impacto Ambiental, foi classificado pelo autor, como uma espécie de auditoria ambiental, tem fundamento no princípio da prevenção.

Yoshida (2005), em análise ao artigo 170 inciso VI da CRFB/88, enfatiza que a legislação brasileira possui um perfil protetivo-repressivo, visto que se preocupa mais em desfavorecer as ações nocivas do que favorecer as ações vantajosas. No entanto, é nítida a superioridade, em termos de eficácia prática, do controle ativo, que, contrariamente, busca favorecer as ações vantajosas mais do que desfavorecer as ações nocivas.

Há, no entanto, no Brasil, algumas previsões legislativas que estimulam a prevenção. Por exemplo, a Lei n 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) prevê a perda e restrições dos incentivos fiscais e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de créditos como espécie de sanção administrativa (artigo 14, II e III, art. 9, V, incentivo à produção e instalação de equipamentos e a criação de tecnologia, voltada para melhoria da qualidade ambiental).

b) O Papel do Tribunal de Contas do Estado

Pascoal (2000) refere-se às competências do Tribunal de Contas do Estado como sendo originárias também da Constituição Federal e semelhantes às do Tribunal de Contas da União, mudando apenas a jurisdição que, no caso dos Tribunais Estaduais, alcançam apenas a administração estadual ou municipal nos casos onde não haja Tribunal de Contas do município. Ao constituinte estadual restou muito pouco, sem poder acrescer qualquer competência, limita-se a adequar os dispositivos da Lei Maior à estrutura administrativa do Estado. O fato é que, a teor do disposto no artigo 75 da Constituição, ainda que não houvesse regra pertinente aos Tribunais de Contas dos Estados, no ordenamento jurídico estadual, esses Tribunais estariam autorizados a exercer suas competências amparadas no Texto Magno.

De acordo com Pascoal (2000), as competências conferidas aos Tribunais de Contas foram conferidas pela Constituição Federal e são as mesmas conferidas ao Tribunal de Contas dos Estados, conforme estabelecido no artigo 75 da Constituição Federal.

Silva (2004) discorre sobre a obrigação dos Tribunais de Contas em auxiliar o Legislativo no controle da gestão dos bens e valores públicos, incluindo, em sua missão, o controle da Gestão Ambiental. Na visão de Silva, deve-se controlar não apenas a boa e regular aplicação dos recursos públicos na área ambiental, mas também a gestão do meio

ambiente; descreve também a importância da atuação dos Tribunais de Contas para a prevenção do meio ambiente, inclusive no que tange a educação ambiental.

A Lei nº 8666/93 autoriza os Tribunais de Contas em todos os âmbitos a fiscalizarem de maneira direta as obras públicas e os atos administrativos emanados pelo Poder Executivo.

Além das competências habituais e do exame de contratos administrativos, a Corte de Contas se obriga-se constitucionalmente a analisar a conformidade dos contratos que tenham por objeto obras e serviços públicos que necessitam de aplicação de dispositivos ambientais.

Rebello (2004), lembra que os órgãos ambientais, ao concederem uma licença, recomendam a adoção de medidas por parte dos órgãos executores para que o empreendimento não cause danos ambientais significativos.

Já Villela (2004) discorre sobre a corresponsabilidade entre o Poder Público e a sociedade pela tutela da natureza para o presente e para as gerações futuras. O Poder Público tem como uma de suas características básicas a discricionariedade, pois, no exercício de suas funções, encontram-se, entre outras, a legítima opção pela adoção das Políticas Públicas que entenderem adequadas. Na questão ambiental, a Lei Maior não deixou dúvidas: não há escolha entre defender ou não o Meio Ambiente. A constituição impõe essa obrigação, estando aí inserida, de forma clara, a competência para que as Cortes de Contas atuem na defesa da preservação ambiental.

Malafaia & Yoshitake (2005) destacam as formas de Auditoria Ambiental na área pública: auditoria ambiental legal, auditoria ambiental em termos de compromisso de ajustamento de conduta e auditoria ambiental dos Tribunais de Contas.

Em todos os casos, os autores identificaram a dificuldade no estabelecimento de indicadores de desempenho ambiental mensuráveis, revelando-se como um desafio a ser enfrentado pelas instituições de controle.

Na visão dos autores, para executar uma boa auditoria ambiental, as entidades de controle devem contar com pessoal e recursos necessários e equipes interdisciplinares. A capacitação dos recursos humanos é de fundamental importância para o desenvolvimento e a realização das auditorias de natureza ambiental. Para que essas auditorias sejam feitas, faz-se necessária a formação de grupo de estudo multidisciplinar (equipe formada por pessoas dos diversos setores, técnicos de formação nas áreas de engenharia, biologia, geologia, arquitetura, entre outras áreas que foram específicas de cada empreendimento, onde cada membro traz para o grupo a visão do objeto a ser analisado, conforme a construção dos seus conhecimentos).

A formação de grupo de estudo, sugerida pelos autores, evidencia a multidisciplinaridade da metodologia (equipe formada por pessoas dos diversos setores, onde cada membro traz para o grupo a visão do objeto a ser analisado, conforme a construção dos seus conhecimentos) e objetiva a uniformização e nivelamento do saber científico.

Malafaia & Yoshitake (2005), em seu estudo, descreveram que a adoção de indicadores de desempenho deve possibilitar a comparabilidade dos padrões para permitir a avaliação da eficiência.

Delgado (2010) realizou estudos que resultaram na demonstração da necessidade do planejamento, coordenação e adequação dos procedimentos dos Tribunais de Contas na esfera ambiental, fiscalizando os jurisdicionados e norteados seus atos dentro dos parâmetros exigidos por lei e em conformidade com a preservação e conservação do meio ambiente.

O estudo de Delgado (2010) objetivou analisar a jurisdição e a Competência dos Tribunais de Contas na área ambiental, dando um panorama verdadeiro das atribuições reservadas à Corte de Contas no exercício da fiscalização ambiental tão comemorada no artigo 225 da Constituição Brasileira.

Este autor apresenta ainda, soluções possíveis para uma gestão ambiental mais eficaz, discorrendo sobre a competência atribuída à Corte de Contas Estadual, relacionada à prestação de contas obrigatória de todos os jurisdicionados que venham a utilizar verbas ou realizar projetos ambientais de maneira direta ou delegada aos seus órgãos subordinados ou concessionários; o Tribunal de Contas exerce a fiscalização de forma individual.

c) O resultado das Auditorias Ambientais do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - TCE/RJ realizou auditoria nos Municípios de Cabo Frio, Duque de Caxias e Macaé. Cada um desses municípios teve um enfoque diferente em suas auditorias ambientais.

O município de Cabo Frio foi auditado com o objetivo de avaliar a gestão das unidades de conservação da natureza (UCN) Municipais, em face da Lei Federal nº 9985/00, “Lei da SNUC” (Sistema Nacional de Unidades de Conservação) e seus regulamentos.

Segundo os cálculos da Fundação CIDE (2003), Cabo Frio deveria ter implantado 792 hectares em 14 corredores ecológicos, correspondente a 1,9% da área total município.

Na ocasião da Auditoria não existiam projetos de implantação dos corredores ecológicos pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente.

A existência e efetiva implantação de áreas protegidas (IrAP), com um percentual específico destinado às áreas criadas pelos municípios (IrAPM) é um dos itens que compõem o Índice Final de Conservação Ambiental – IFCA, base para o cálculo de distribuição do ICMS ecológico.

Estão habilitados ao recebimento do ICMS ecológico os municípios que implementaram um sistema municipal de meio ambiente composto, no mínimo, por

Conselho Municipal do Meio Ambiente, Fundo Municipal do Meio Ambiente, órgão administrativo executor da política ambiental municipal e guarda municipal ambiental.

O artigo 25 da Lei Federal nº 9985/00 obriga a integração das áreas previstas para a zona de amortecimento e corredores ecológicos nas unidades de conservação, exceto nas APA (áreas de proteção ambiental) e nas Reservas Particulares do Patrimônio Ambiental (RPPN).

Existe um conjunto de unidades de conservação próximas, formando um mosaico, sendo a gestão dessas unidades feita de forma unificada (Lei Federal nº 9985/2000).

A Lei Orgânica Municipal estabeleceu que a criação de unidades de conservação por iniciativa do Poder Público será imediatamente seguida dos procedimentos necessários à regulamentação fundiária, demarcação e implantação de estrutura de fiscalização adequada.

O Município de Duque de Caxias foi auditado no período compreendido entre 07.07.2008 a 01.08.2008, o objetivo desta inspeção/auditoria foi avaliar as ações do Município de Duque de Caxias, em face do Convênio com o Instituto Estadual do Ambiente. Os procedimentos visavam avaliar em que medida as ações promovidas pela Prefeitura de Duque de Caxias estão em conformidade com as condições estabelecidas no citado convênio. O Decreto Estadual nº 40.793/07 possibilitou a descentralização do licenciamento ambiental e da fiscalização dos empreendimentos de impacto local, que foi formalizado por Convênio, firmado em 14.5.2007, com a Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA (atual INEA), órgão ambiental estadual à época. Por esse Convênio, a Prefeitura de Duque de Caxias ficou autorizada a emitir a licença ambiental.

Tendo em vista o objetivo desta auditoria, os levantamentos e as análises foram feitos nos seguintes instrumentos de gestão ambiental:

- Autorização e licenciamento ambientais;
- Fiscalização ambiental e controle da poluição;
- Sanções municipais ambientais.

A Resolução Conselho Nacional do Meio Ambiente nº 237 - CONAMA, de 19.12.1997, em seu art.7º, estabeleceu que “os empreendimentos e atividades serão licenciados em um único nível de competência” e que o órgão ambiental estadual deve considerar o exame técnico procedido pelos órgãos ambientais dos Municípios em que se localizar a atividade ou empreendimento (art.5º, parágrafo único).

Para a celebração do Convênio foi necessária a existência de legislação própria para disciplinar as sanções administrativas pelo descumprimento das obrigações estabelecidas, conforme previsto no Decreto nº 40.793/07.

No relatório foi sugerida a comunicação para que a Prefeitura Municipal de Duque de Caxias adotasse algumas providências a fim de melhorar o processo de licenciamento ambiental, dentre elas podemos destacar:

- Operacionalizar o Fundo Municipal de Controle Ambiental (FMCA) como unidade gestora, estabelecendo o código de receita.
- Exigir o recolhimento da Taxa de Licenciamento Ambiental (TLA) juntando ao processo o comprovante de recolhimento.
- Adotar procedimentos para a autuação completa dos processos de licenciamento e o façam constar de parecer técnico.
- Adotar providências junto à Secretaria de Meio Ambiente para que não mais emita licenças ambientais especiais sem previsão legal para as mesmas.
- Observar o cumprimento de medidas mitigadoras dos impactos ambientais;

Foram estabelecidas recomendações para o cumprimento da legislação vigente:

1. Suprir a demanda necessária de recursos humanos e materiais, como a disponibilização de equipamentos necessários às atividades.
2. Estabelecer, por meio de norma legal ou outra providência cabível, as atribuições específicas do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (COMDEMA), criado pela Lei Municipal nº 1.406, de 30.06.1998, e do Conselho Municipal de Desenvolvimento Sustentável (CODES), mencionado na Lei Municipal nº 2.022, de 30.12.2003 (em especial o art. 7º, inciso I), e no Decreto Municipal nº 5.204, de 17.08.2007 (em especial o art.3º) de modo à melhor definir a atuação de cada um.
3. Criar formulários padrões para todos os gêneros de atividades poluidoras.
4. Fazer constar no parecer técnico a classificação de Potencial Poluidor e o Porte do empreendimento ou atividade, para efeito, principalmente, do cálculo da Taxa de Licenciamento Ambiental (TLA).
5. Nas futuras licenças e autorizações ambientais emitidas pela SEMA deve constar, a descrição e a tipologia do empreendimento ou atividade efetivamente objeto das mesmas.
6. Nas análises dos pedidos de licença ou autorização ambientais junto à SEMA, deve constar parecer ambiental específico para cada atividade classificada.
7. Nos autos dos processos de licenciamento ou autorização ambiental da SEMA, devem constar todos os documentos requeridos na inicial e demais documentos adicionais solicitados pelos diversos setores da administração municipal.
8. Desenvolver um programa visando informatização da SEMA, contemplado no Programa 0038 – Gestão pela Mudança – SEMA, do Plano Plurianual para 2006/2009 (Lei Municipal nº 1.940, de 29.12.2005), de modo que se evite a perda de documentos ou a existência de folhas soltas no processo, sem carimbo e sem numeração sequencial.

9. Fazer constar, nos processos de licenciamento ambiental, as coordenadas geográficas dos empreendimentos objeto de licença ambiental (ou coordenadas UTM), de modo a permitir a localização mais precisa dos mesmos.
10. Que as futuras medidas compensatórias sejam definidas somente após cuidadoso planejamento estratégico, definindo os reais benefícios e a viabilidade da SEMA em efetivamente utilizá-las e sua capacidade de conservar o patrimônio. (Fonte documental: Processo TCE/RJ 232.384-6/08)

O voto do plenário do Tribunal de Contas determinou a Expedição de Ofício à Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente dando-lhe ciência de indícios de irregularidade das instalações objeto da LI FEEMA nº FE010127, devido à proximidade das margens do Canal Jacatirão e do Rio Sarapuí, e do Auto de Infração nº 000.019 emitido em 08.05.2007, pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Duque de Caxias, para providências que julgar cabíveis. (Fonte: Processo TCE/RJ 232.384-6/08)

Foi determinada a Expedição de Ofício ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro dando ciência dos indícios de que agentes públicos das entidades a seguir indicadas incorreram no art.67 da Lei Federal nº 9.605, de 12.02.1998.

Ao analisar a documentação, foram levados em consideração os itens de extrema relevância para sanear as irregularidades, conforme descritos a seguir:

O parecer técnico-ambiental deve ser elaborado por especialistas e fundamentado em estudos e conceitos que comprovem as opiniões emitidas sobre possíveis impactos ambientais.

Em ambos os processos de licenciamento e de renovação, houve parecer desfavorável da fiscalização municipal quanto à operação da empresa naquela região.

A Auditoria Ambiental realizada na Secretaria de Meio Ambiente da Prefeitura de Macaé, no período compreendido entre 23.07.07 a 10.08.07, teve como objetivo de Auditoria no Sistema de Gestão Ambiental (SGA) do Município de Macaé, a fim de verificar o grau de comprometimento institucional com a preservação, a recuperação e a proteção do meio ambiente local.

Dentre os instrumentos de gestão ambiental analisados na Auditoria destacam-se os seguintes:

- Autorização e licenciamento ambientais;
- Sanções municipais ambientais;
- Fiscalização ambiental e controle da poluição;
- Monitoramento ambiental.

O Município de Macaé dispõe de praticamente todos os marcos jurídicos necessários a um Sistema de Gestão Ambiental Municipal (SGA-M) completo, Código Ambiental Municipal com legislação correlata, e Plano Diretor do Município abrangente

e recente, elaborado nos moldes do Estatuto das Cidades, que contou, inclusive, com a participação de setores da sociedade macaense.

A SGA-M de Macaé conta com órgãos colegiados definidores da agenda pública ambiental municipal (Conselho Municipal de Desenvolvimento Sustentável – COMMADS e Fórum Permanente da Agenda 21 Local), órgão formulador e normativo destas políticas (o COMMADS) e órgão executivo específico (a Secretaria Executiva Municipal de Meio Ambiente – SEMMA).

O Município conta com a previsão de um fundo específico de recursos para gestão ambiental (o Fundo Municipal de Controle e Conservação Ambiental – Fundo Ambiental) e dispõe ainda de *Código Municipal de Meio Ambiente*, consubstanciado na Lei Complementar Municipal nº 27, de 26.12.2001.

O art. 50 da Lei Complementar nº 27/01 - Código Municipal de Meio Ambiente (CMMA) - estabelece que o licenciamento de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local é de competência da Secretaria Executiva Municipal de Meio Ambiente (SEMMA), que poderá expedir as licenças previstas em lei.

Nos resultados encontrados na auditoria foram verificadas algumas questões que geraram sugestões de Recomendações e Determinações.

3. Considerações finais

No desenvolvimento do trabalho reconhecemos a importância do Tribunal de Contas do Estado na realização do controle externo de seus jurisdicionados, que no estudo em tela se realizou através das auditorias ambientais realizadas em seis municípios do estado do Rio de Janeiro.

Verificamos que os municípios estudados apresentavam características diversas, tanto a receita corrente, quanto ao número de habitantes e ao Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.

Neste estudo foram analisadas as auditorias ambientais de três Municípios que realizavam licenciamento ambiental de impacto local conforme estabelecido no Decreto Estadual nº 40.793/07, regulamentado pelo Decreto Estadual nº 42.050/09.

Verificando a adoção de políticas públicas para a preservação do meio ambiente pelos municípios, foi possível constatar que apenas o Município de Macaé adotou as medidas propostas pelo Tribunal de Contas do Estado, estabelecendo uma política ambiental voltada para o desenvolvimento de práticas sustentáveis, criando uma legislação ambiental adequada, constituindo o Conselho de Meio Ambiente (atas disponíveis no site do município), o Fundo Municipal de Meio Ambiente está ativo e teve suas prestações de contas enviadas ao Tribunal de Contas.

Atualmente, Macaé possui uma política municipal de gestão de resíduos sólidos, com a utilização de um Centro de Tratamento de Resíduos – CTR, estando em processo

de construção de outro aterro sanitário que terá a capacidade para atender o município por 40 anos. Também verificamos que o município é responsável pela coleta de todos os resíduos do município inclusive os de saúde, industriais e os perigosos.

O Município de Macaé exerce suas funções como órgão licenciador e fiscalizador com transparência, todas as informações em relação às políticas ambientais estão disponíveis no site da Prefeitura Municipal de Macaé.

As Unidades de Conservação de Macaé estão demarcadas, sinalizadas e fiscalizadas e o município realiza um trabalho de educação ambiental por meio dos projetos com os alunos da rede municipal e a população em geral.

Em contraponto, os Municípios de Duque de Caxias e Cabo Frio têm legislação criando o Fundo de Meio Ambiente, porém o Fundo não está sendo operacionalizado.

Os Conselhos Municipais de Meio Ambiente dos municípios de Cabo Frio e Duque de Caxias não disponibilizam as atas dos conselhos para acesso ao público, no portal de transparência dos respectivos municípios.

As Unidades de Conservação foram criadas e algumas ainda não foram demarcadas e o Município de Cabo Frio já sinalizou algumas unidades. Ambas enfrentam problemas de habitações irregulares dentro das unidades de conservação.

O trabalho de educação ambiental nos municípios vem sendo desenvolvidos por meio de sensibilização para a preservação ambiental (alunos da rede, praias e nas Áreas de Proteção Ambiental), tornando-se um ponto forte em ambos os municípios. Os *sites* dos municípios não contêm informações sobre o licenciamento e nem sobre as Unidades de Conservação municipais.

Mesmo o relatório de Auditoria Ambiental tendo estabelecido didaticamente todos os passos para a adoção das políticas públicas de preservação do meio ambiente, pela amostra, podemos perceber que mesmo decorrendo esses anos, os Municípios de Cabo Frio e Duque de Caxias ainda necessitam de um planejamento na área ambiental para adequar suas políticas públicas para atender ao crescimento populacional.

Os levantamentos que foram realizados sobre as auditorias ambientais efetivadas pela Subsecretaria de Auditoria e Controle de obras nos municípios de Cabo Frio, Duque de Caxias e Macaé levou a serem detectadas diversas não conformidades que foram objeto de recomendações e determinações. Ao se analisar as soluções apontadas nos relatórios, verificou-se a importância da Educação Ambiental como a principal política ambiental a ser desenvolvida nos municípios devido a sua alta repercussão na sociedade. Posto que, o planejamento das ações ambientais mostrou-se muito relevante na escolha das políticas públicas.

Dos municípios estudados, destaca-se Macaé com tendo desenvolvido várias políticas que atenderam as recomendações e determinações do Tribunal de Contas, adotando políticas públicas, inclusive no que tange a Educação ambiental como eixo

vertical de suas ações, o que gera efetiva diferença na sociedade e na compreensão sobre a necessidade da proteção ambiental real.

Já o município de Cabo Frio sinalizou e demarcou áreas de preservação ambiental conforme havia sido determinado pela Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas.

O Município de Duque de Caxias apresenta em seu Plano Plurianual vários projetos da área ambiental. Contudo, os resultados não são ainda claros e precisos, pois não há dados oficiais sobre as ações desenvolvidas atualmente pelo Município o que impede avaliações concretas e fundamentadas sobre o assunto ora em tela.

Desta forma tem-se claro e determinado que a Auditoria Ambiental nos Municípios é de fundamental importância para a concreta proteção ambiental, com recursos otimizados e melhor aproveitados, bem como com programas estatais que gerem como produto a densificação da proteção ambiental.

A realização de Auditorias Ambientais obtém seu maior sucesso no tocante a fiscalização gerando um menor descaso por parte do poder público do meio ambiente. É um excelente instrumento de controle ambiental, onde são verificados os cumprimentos das normas, das políticas ambientais e obrigações legais. Esta Situação deixa claro a relevância do social e potencial de transformação dos padrões de ações Municipais, no tocante a proteção do Meio Ambiente, princípio básico tanto da Constituição Federal de 1988, como de diversos tratados internacionais firmados pelo Brasil entre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

As Auditorias Ambientais são muito importantes também para a contribuição com as práticas de bom governo, uma vez que verificadas as não conformidades, os gestores recebem recomendações e determinações para se adequarem as normativas vigentes.

Referências

ACHKAR, Azor El. (2011). Auditoria Ambiental Pública: Instrumento para efetivação do Direito fundamental ao meio ambiente.

BRASIL, Constituição. Constituição de República Federativa do Brasil: Texto, 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 52/2006.

BRASIL, Lei Federal nº 9605/98. De: 12.02.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 14.6.17.

BRASIL, Lei Federal nº 9985/00. De: 18.07.2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 17.6.17.

BRASIL, Tribunal de Contas da União (2001). Manual de Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2001. p. 12.

- BRASIL, Tribunal de Contas da União (1998). Portaria 383/98: Tribunal de Contas da União –TCU. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 06.7.17.
- BRASIL, Lei Federal nº 8666/93. Lei de Licitações. De 21.06.1993
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 06.07.17.
- BRASIL, Resolução CONAMA nº 237/97. De 19.12.1997
Disponível em: <http://www.mma.gov.br> Acesso em: 06.07.17.
- BRASIL, Resolução CONAMA nº 303/02. Estabelece parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente (APP) dá outras providências. De 20.03.2002.
Disponível em: <http://www.mma.gov.br> Acesso em: 06.07.17.
- BRASIL, Resolução CONAMA nº 307/02. Estabelece diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil. De 05.07.2002
Disponível em: <http://www.mma.gov.br>. Acesso em: 01.7.17.
- BUREAU VERITAS QUALITY INTERNATIONAL (1996). Curso de Gestão Ambiental. Belém, Petrobras. Apostila.
- DELGADO, Cristian José de Sousa. (2010). Gestão Ambiental e os Tribunais de Contas - II Congresso Consad de Gestão Pública - Painel 56 - Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos>. Acesso em: 10.7.17
- DUQUE DE CAXIAS, Rio de Janeiro, Lei Municipal nº 2603/13. Estabelece o Plano Plurianual 2014/2017. Em: 26.12.13. Disponível em: <http://www.cmdc.rj.gov.br>
Acesso em: 13.7.17.
- DUQUE DE CAXIAS, Rio de Janeiro, Lei Orgânica do Município de Duque de Caxias.1990. Disponível em: <http://www.cmdc.rj.gov.br> Acesso em: 12.7.17.
- DUQUE DE CAXIAS, Rio de Janeiro, Lei Municipal nº 2022/03. Em: 30.12.2006.
Disponível em: <http://www.cmdc.rj.gov.br>. Acesso em: 12.7.17.
- IBGE. Censo Demográfico 2010 - Resultados do universo. Disponível em <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 06.07.17.
- IBGE. Contas Regionais do Brasil. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br> Acesso em: 03.7.17.
- IBGE. Pesquisa de Informações Básicas Municipais. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br> Acesso em: 03.7.17.
- INTOSAI (2005). Diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional: normas e diretrizes para a auditoria operacional baseadas nas Normas de Auditoria e na experiência prática da INTOSAI. Trad. Inaldo da Paixão Santos Araújo e Cristina Maria Cunha Guerreiro. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia.
- INTOSAI (2004) WGEA. Auditoria Ambiental e de Regularidade. Revista do TCU, Brasília, n.100, p. 48-54, abr./jun. 2004.

- MACAÉ, Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 27/01. Em: 2001. Dispõe sobre o Código Municipal de Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.macaee.rj.gov.br> Acesso em: 09. 7.17
- MALAFAIA, Raimunda Maciel e YOSHITAKE, Mariano. (2005). Auditoria Ambiental como Instrumento de Controle: Uma Proposta Para o Tribunal de Contas do Estado da Bahia. Disponível no acervo do TCM/RJ
- PASCOAL, V. F (2000). A intervenção do Estado no Município: o papel do Tribunal de Contas. Recife: Nossa Livraria.
- PERRONE, Edson Campos. Auditoria Ambiental: Ferramenta de gestão ambiental. Disponível em: perrone@ndpd1.ufes.br, 1996.
- REBELO, Airton Mendes. Rio de Janeiro, (2004). Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, agosto, edição nº 27. Disponível no acervo do TCM/RJ.
- RIO DE JANEIRO. Estado do Rio de Janeiro. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Em: 1989. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Ato Normativo nº 79. Disponível em: <http://www.intranet.tce.rj.gov.br> Acesso em: 12.6.2017
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Estudo Socioeconômico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro ano 2015. Disponível em: <http://www.tce.rj.gov.br>. Acesso em: 01.07.2017
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE/RJ nº 243.358-6/08. Relatório de Auditoria Ambiental no Município de Cabo Frio. Disponível em: [http:// www.tce.rj.gov.br](http://www.tce.rj.gov.br)
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE/RJ nº 232.384-6/08. Relatório de Auditoria Ambiental no Município de Duque de Caxias. Disponível em: <http://www.tce.rj.gov.br>
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Processo TCE/RJ nº 224.872-3/07. Relatório de Auditoria Ambiental no Município de Macaé. Disponível em: <http://www.tce.rj.gov.br>
- RIO DE JANEIRO. Estado do Rio de Janeiro. Decreto Estadual nº 40.793/07. Em: 05/06/2007. Estabelece procedimento de descentralização da fiscalização e licenciamento com os municípios fluminenses e providências. Disponível no acervo do TCE/RJ
- RIO DE JANEIRO. Estado do Rio de Janeiro. Decreto Estadual nº 42.050/09. Em: 25.09.09. Disciplina o procedimento de descentralização do licenciamento ambiental mediante a celebração de convênios com os municípios do Rio de Janeiro, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ademi.org.br>. Acesso: 01.7.2017.

SALES, Rodrigo. Auditoria Ambiental. Aspectos Jurídicos, São Paulo: LTR, 2001.

SILVA, Paulo Afonso. 1997. Direito ambiental constitucional. 2ª ed., São Paulo Editora Malheiros.

SILVA, Marta Varela. 2004. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, agosto edição nº 27.

TEIXEIRA, Ivandi Silva e TEIXEIRA, Regina Cleide Figueiredo (2002). A Auditoria Ambiental e o Processo de Coleta de Evidências, UFPA.

VILLELA, Maria Bethânia (2004). Auditora Ambiental no TCM/RJ, Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, agosto, edição nº 27.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (2005). A efetividade e a eficiência Ambiental dos instrumentos econômico financeiro e tributários: ênfase na prevenção. A utilização econômica de bens ambientais. In: Torres, Heleno Taveira (org). Direito Tributário, São Paulo, 2005, v, P. 527-564

.

O CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA LEI DO MANDADO DE INJUNÇÃO

THE CONTROL OF UNCONSTITUTIONAL OMISSION IN BRAZILIAN LAW: CONSIDERATIONS AROUND THE LAW OF THE INJUNCTION MANDATE

Flora Varela¹

Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Sumário: Introdução; 1. O constitucionalismo, supremacia e normatividade constitucional e a submissão dos poderes do Estado à Constituição; 2. A omissão constitucional: poder ou dever de legislar? O papel da jurisdição constitucional; 3. O mandado de injunção. Escorço histórico e jurisprudencial. Aspectos relevantes da lei 13.300/2016. Prognósticos do controle das omissões constitucionais no Brasil; Conclusão; Referências

Introdução

O presente artigo tem por objetivo proceder à análise da lei 13.300/2016, que trata do mandado de injunção e, em face disso, comparar tal instituto jurídico à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, no que tange ao controle da omissão inconstitucional no ordenamento brasileiro.

Com efeito, a lei do mandado de injunção caracterizou a transposição legislativa do desenvolvimento jurisprudencial em torno do tema, que, inicialmente, interpretou este remédio constitucional de forma restritiva e, com o tempo, adotou um modelo hermenêutico mais condizente com o paradigma neoconstitucionalista que, dentre outros aspectos, sustenta como corolário da supremacia constitucional a máxima efetividade de suas normas, em caráter integral, extirpando do sistema jurídico, através dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, tanto as ações quanto as omissões tendentes a violar ou diminuir a força normativa de seus comandos e, consequentemente, seu impacto na dinâmica social.

Para tanto, o caminho percorrido envolveu a compreensão da omissão inconstitucional e seus fundamentos, os quais passam, necessariamente, pelo estabelecimento da normatividade global da Constituição, e a atividade legiferante vislumbrada como um dever jurídico, para além da concepção autoritativa do poder relegada à discricionariedade política; no âmbito constitucional, este dever evidencia-se nos casos de omissão legislativa capaz de retirar a aplicabilidade de seus preceitos.

¹ Professora Assistente da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Direito Público pela UFBA. Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

Neste sentido, ao comparar a atual regulação do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tem-se como mais eficiente à realização deste controle a utilização do remédio constitucional do que por meio da via abstrata, comparação esta gerada a partir da lei do mandado de injunção, que por sua vez veio a levantar um problema, qual seja o da adoção dos meios processuais mais eficientes à solução dos vícios de inconstitucionalidade por omissão.

Neste caso, o controle abstrato ou entrará em desuso, ou passará por avanços na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, rumo a um enfoque hermenêutico mais condizente com a ideia de conformação dos poderes do Estado à Constituição e sua concretização – pois, do contrário, relegar ao Poder Judiciário a tarefa meramente declaratória da inércia legislativa significa esvaziar o discurso da efetividade dos direitos, ante a inocuidade de preceitos constitucionais causados pela ausência do marco regulatório apto a conceder-lhe a devida eficácia.

No tocante à metodologia adotada, este artigo valeu-se do método dedutivo com a exploração bibliográfica, que incluiu pesquisa à doutrina, jurisprudência e legislação em torno da matéria, partindo da análise principiológica e conceitual de fundo, qual seja o constitucionalismo moderno, a normatividade da Constituição e os perfis assumidos pelo Estado de Direito em diferentes contextos, chegando ao exame dos aspectos de destaque presentes na lei do mandado de injunção.

1. O constitucionalismo, supremacia e normatividade constitucional e a submissão dos poderes do Estado à Constituição

A análise doutrinária e jurisprudencial em torno do problema da omissão inconstitucional, no âmbito do controle da constitucionalidade, parte do estudo da eficácia das normas constitucionais, culminando na apreciação das normas de eficácia limitada, que de forma mais nítida retratam o dever de legislar. Entretanto, é importante contextualizar o estudo da matéria com as linhas gerais do legado teórico e ideológico presentes no constitucionalismo moderno, responsável pela construção da premissa de que a Constituição guarda não somente caráter político - é um documento dotado de força normativa em sua totalidade, e portadora de supremacia em face das demais normas, restando incontestado o reclamo de sua máxima efetividade.

Com efeito, a partir do século XVIII, o pensamento moderno, calcado no racionalismo e antropocentrismo, erigiu a noção de Constituição escrita como instrumento capaz de delimitar a organização do Estado, o alcance do seu poder e com a afirmação de direitos da pessoa, diante dos quais nem mesmo o próprio Estado poderá violá-los – a partir da Constituição estaria presente a formulação das bases políticas e sociais. O constitucionalismo moderno, pois, figurou como o movimento responsável pela passagem do exercício absoluto do poder (Estado absoluto) para o exercício calcado em titularidade diversa ao monarca, a saber, o povo, ancorado em um documento capaz de formalizar e atribuir imperatividade a este novo eixo.

Foram estabelecidas a partir das Constituições modernas as bases do chamado Estado de Direito, visto que a partir do texto constitucional estaria assegurada a separação dos poderes e os direitos fundamentais, em oposição ao exercício arbitrário do poder político. Esta ideia presente na Constituição repercutiu no liberalismo político e econômico, presente nos séculos XVIII e XIX, chegando às Américas através dos movimentos de independência política, retratando a criação de um novo Estado, ganhando destaque a Constituição escrita e rígida dos Estados Unidos da América, de 1787. Na Europa, a Constituição francesa de 1791 caracterizou o marco histórico do constitucionalismo moderno. Tratam-se de exemplos históricos que materializaram a ordenação sistemática e racional da comunidade política mediante um documento escrito e solene, declaratório das liberdades fundamentais e fixador dos limites do poder político.²

Neste particular, Uadi Lammêgo Bulos³, ao pontuar as contribuições do constitucionalismo moderno, destacou a racionalização do poder político e segurança jurídica dos seus atos, a partir do surgimento de constituições escritas, formais, dotadas de coercibilidade; elaboração da teoria do poder constituinte originário, em que o conceito de povo, em lugar da tradição monárquica, ocuparia o espaço de legitimação e fonte primária desta normatividade e imperatividade constitucional; o primado da teoria da separação dos poderes e o advento da supremacia material e formal das Constituições, elevando o Direito Constitucional ao ramo do Direito Público por excelência, como fonte primeira de toda produção normativa. Desta superioridade do texto constitucional adveio a criação dos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Eduardo García de Enterría⁴ salienta que a Constituição não é apenas uma norma, senão a primeira destas no ordenamento jurídico – seja por definir o sistema de fontes formais do Direito (daí ser considerada a *norma normarum*, fonte das fontes), seja porque, na medida em que a Constituição é a expressão desta intenção fundante do sistema; com isso, tal ideia determinou, primeiro, a distinção entre um poder constituinte, que é de quem surge a Constituição e os poderes constituídos por esta, dos quais emanam todas as normas ordinárias. Assim, sob o aspecto formal, a norma constitucional, como corolário de sua supremacia, é dotada de rigidez, que impõe formas reforçadas de mudança ou modificação constitucional frente aos procedimentos legislativos ordinários, assim denominada superlegalidade formal; e, sob o prisma material, traduz o reconhecimento de uma preeminência do seu texto sobre todas as

²CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.p.21-23

³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014 e com os julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015, p.p.74-75

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3 Ed. Madrid (Espanha): Civitas Ediciones, 1983, p.50

demais normas, como obra do poder constituinte, assim denominado superlegalidade material.

Diante disso, nota-se que a supremacia da Constituição se irradia sobre todos submetidos à ordem jurídica nela fundada. Sem embargo, a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo, e a violação a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade.⁵

Saliente-se que nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido, estando tal carência de validade a acarretar a nulidade ou a anulabilidade do ato em questão. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria, de sorte que a teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta.⁶

Desta forma, o significado da Constituição no ordenamento jurídico revela não apenas a sua integral e expansiva força normativa; evidencia, também, que a sua supremacia impõe o compromisso de todas as esferas de poder do Estado para conferir sua máxima concretização – por esta razão é que são submetidos à jurisdição constitucional todos os atos e omissões do poder público. Qualquer conduta estatal, comissiva ou omissiva, em desacordo com o texto constitucional, é passível de controle, pois sua validade é plena no sistema, daí gravitar o problema da omissão inconstitucional em torno do prisma da eficácia das normas constitucionais.

Convém mencionar que, no século XX, a partir da Primeira Guerra Mundial, o constitucionalismo moderno assumiu uma nova feição, dadas as reformulações sociais e econômicas em torno do liberalismo. Diante de profunda crise social e do advento de partidos socialistas e movimentos cristãos, as Constituições conferiram ao Estado a assunção de tarefas, objetivos, fins, através de prestações positivas ofertadas à sociedade. Assim, a passagem do Estado liberal ao Estado social foi a mudança do perfil constitucional, de não intervencionista para o surgimento da Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva.⁷

⁵ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012

⁶ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p.p.26-27

⁷CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.p.23-24

O Estado social caracterizou a assunção de um perfil proativo e realizador ao Estado de Direito, a partir de então comprometido com a realização de tarefas ligadas diretamente à promoção do mínimo existencial, necessário a uma existência digna, retratadas no texto constitucional como direitos fundamentais sociais. Neste particular, Flávia Piovesan⁸ pontifica que a Constituição do Estado social exige sua intervenção em domínios fundamentais e, por esta razão, surge este modelo constitucional como um instrumento de direção e transformação social, mediante o implemento de políticas públicas exigentes de uma atuação mais integrada entre os poderes Executivo e Legislativo, posto que a regulamentação normativa, em sua essência, caracteriza a conformação do ideal constitucional aos anseios sociais, adequados no tempo e no espaço.

Assim, se mantidas considerações acima adotadas, nota-se que a eficácia das normas constitucionais, por si sós, não são capazes de ensejar as omissões inconstitucionais, e sim tais lacunas emergem no sistema ante a ausência de cooperação e colaboração entre os poderes em torno da promoção dos princípios e regras estampados no Texto Maior⁹, através da criação, na consciência de seus agentes, de uma disposição de orientar a conduta de acordo com a ordem estabelecida, e de uma vontade de concretizar essa ordem, priorizando a vontade de Constituição sobre a vontade de Poder¹⁰.

O não fazer do Estado, sob esta ótica, revela-se tão grave e arbitrário quanto o fazer em descompasso com a Constituição, caracterizando a face do poder que foge à noção elementar da sua instrumentalidade diante do dever e da sua responsabilidade perante o seu titular, qual seja, o povo. O poder-dever, presente no legado e no espírito do Estado democrático de Direito, impõe-se a todas as atuações estatais, estando sua ausência na conduta dos seus presentantes a configurar todas as distorções passíveis de fiscalização, mediante os mecanismos de controle de constitucionalidade, dentre estes os das omissões que constituem objeto do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.33

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

¹⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19

2. A omissão inconstitucional: poder ou dever de legislar? O papel da jurisdição constitucional

A textura aberta e o caráter diretivo da norma constitucional não representam obstáculo aos poderes constituídos à tarefa de desenvolver e tornar realidade seus comandos. Inexiste Constituição destituída da pretensão de efetivar-se e, por força da sua supremacia, os poderes do Estado encontram-se, desde logo, comprometidos com a adequação da conduta política aos seus preceitos.

A noção de supremacia da norma constitucional, na tradição *civil law* remonta à influência teórica do normativismo kelseniano, que pensou o Direito como um sistema hierarquizado de normas, figurando a Constituição no mais alto grau desta escala; que concebeu a Constituição, a um só tempo, como um texto precipuamente jurídico, com características próprias em torno da sua rigidez, compondo a ação dos poderes estatais nítidos atos jurídicos, a par da exteriorização da vontade política — ou seja, da juridicidade do Texto Maior e sua superioridade no ordenamento foi incorporado ao conceito de Constituição um raciocínio jurídico, conjuntamente à sua intensa carga política, compondo assim a materialização político-jurídica do poder soberano. Como penhor desta juridicidade emergem os mecanismos de controle de constitucionalidade, exercidos pela jurisdição constitucional:

A garantia jurisdicional da Constituição - a jurisdição constitucional - é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas [...].

[...] Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição - e, sob este aspecto, tal noção coincide com a forma de Estado - é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. [...] ¹¹

Por outro lado, os caracteres de generalidade e abstração mais elevados, presentes na norma constitucional, se comparada às normas infraconstitucionais, acarreta a perda de densidade normativa. Por esta razão é que, muitas vezes, as disposições constitucionais remetem quase sempre à regulamentação infraconstitucional posterior, mormente diante da impossibilidade real e fática de disciplinar de forma exaustiva as relações jurídicas objeto do seu regramento, passando a depender, para produção de efeitos concretos, da atuação futura do legislador

¹¹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013 (Biblioteca jurídica WMF), p.p.123-124;130

ordinário, como o responsável pela emissão desta norma regulamentadora expressa ou implicitamente desejada.

Desta forma, a doutrina situa o problema da omissão inconstitucional no campo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, o qual tornou-se mais adotada pelos teóricos a classificação proposta por José Afonso da Silva¹², presente na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cuja primeira edição data de 1967, uma das pioneiras na doutrina brasileira e das mais divulgadas. Perdura até hoje, trazendo consequências marcantes no direito brasileiro, máxime quanto à interpretação e aplicabilidade de direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão (direitos sociais).

As três categorias elencadas pelo ilustre constitucionalista foram: *normas de eficácia plena*, *normas de eficácia contida* e *normas de eficácia limitada*, figurando estas últimas, especificamente, a ensejar o dever de legislar e a correlata inconstitucionalidade quando de sua omissão.

As normas de eficácia plena são aquelas aptas a produzir, imediatamente, todos os efeitos almejados pelo legislador constituinte desde a entrada em vigor da Constituição – sua aplicabilidade é direta, imediata e integral. São suficientes por si mesmas, auto aplicáveis, uma vez que possuem todos os elementos indispensáveis para sua existência; com isso, são dotadas de todos os meios necessários à sua executoriedade¹³.

As normas de eficácia contida são as que preveem certos conceitos ou meios que permitem restringir os seus limites, restrições que se dão por meio de lei – sua aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral. Figuram numa posição intermediária entre as normas de eficácia plena e as de eficácia limitada, uma vez que dá margem a que o legislador ordinário restrinja seu conteúdo por meio de normatividade futura. Em alguns casos, esta margem se identifica em expressões como “bons costumes”, “segurança nacional”, utilidade pública”, “função social” etc¹⁴.

As normas de eficácia limitada, por sua vez, incluem todas as que dependem de providências do legislador ordinário, de modo a complementar seus conteúdos e com isso possibilitar a produção dos efeitos completos desejados pelo constituinte. Sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida. Na ocorrência de eventual omissão legislativa, estes direitos constitucionais são fadados à inocuidade, pouco ou nada podendo ser feito para efetivá-los.

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

¹³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.82

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67

José Afonso da Silva¹⁵, neste particular, salienta que as normas de eficácia limitada subdividem-se em dois grupos: normas declaratórias de princípio institutivo, que contém esquemas gerais, ora de estruturação de instituições, ora de órgãos ou de entidades, dependentes de legislação futura para concretização, e normas de princípio programático, que dispõe sobre princípios a serem obedecidos pelos órgãos estatais, como programas, disciplinadoras dos interesses econômico-sociais, visando à realização e persecução dos fins sociais pelo Estado, identificadas na Constituição brasileira através das normas definidoras de direitos sociais.

Dentre as normas programáticas, Flávia Piovesan¹⁶ acentua que tais normas se classificam em três espécies: normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, que mais retratam o problema da omissão inconstitucional; normas programáticas referidas aos poderes públicos e normas programáticas dirigidas à ordem econômica e social.

Ademais, frise-se que a construção doutrinária em torno das normas de eficácia limitada, mormente as de cunho programático, caracterizadoras do fenômeno da omissão inconstitucional, é corolário do advento do Estado de bem-estar social, o qual trouxe uma nova conformação aos poderes, os quais receberam da Constituição uma agenda de tarefas a realizar, caracterizando assim a noção do dever de legislar e de executar políticas públicas – algo considerado inovador no escorço do Estado moderno e do Estado de Direito, cuja trajetória experimentou o exercício arbitrário do poder, chegando ao processo de sua racionalização pelo Direito, mediante limites estabelecidos pelos direitos individuais. O Estado não poderia mais exceder sua atuação sobre as liberdades individuais e a propriedade, cabendo zelar pela ordem pública e governar com segurança jurídica. E tais limites se afiguravam perfeitos com a teoria da separação dos poderes, exemplificada pelo pensamento de Montesquieu.

O surgimento do Estado Social, por sua vez, retratou o desenvolvimento do Estado de Direito: já não se afigurava suficiente estabelecer a ordem e a segurança das relações sociais por meio da lei, quando as vicissitudes do sistema econômico causavam sérios desequilíbrios sociais, com o comprometimento da dignidade humana. Como pensar a liberdade e a ordem sem a promoção das condições materiais mínimas, vitais à existência? Assim o Estado adjudicou prestações positivas, com a afirmação de direitos fundamentais de cunho social na Constituição, tornando-se corresponsável com o cidadão na obtenção dos bens necessários à subsistência, em lugar de expectador da realidade social.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 79

Ora, sendo participante da construção da vida humana digna, e estando tal atuação prescrita no texto constitucional, o poder político adquire especial conformação, qual seja a de atuar segundo tais diretrizes. Sua discricionariedade já não mais consiste em apenas respeitar as balizas legais; depara-se, a partir de então, com limites positivos, traçados pela Constituição, mormente o de elaborar leis que materializem tais preceitos. Clèmerson Merlin Clève¹⁷ salienta que o direito constitucional, há tempos, conhece as técnicas capazes de afastar o resultado da ação do poder público despida de base constitucional; no entanto, quanto às omissões inconstitucionais, deparou-se com algo novo – o desafio de conceber a tarefa de legislar como um dever, não mais como o exercício de uma das faculdades do poder soberano.

Assim, foi a partir dos direitos de segunda dimensão, consubstanciados no Estado Social, e positivados nas Constituições dos países que assumiram tal perfil, intituladas por J.J. Gomes Canotilho¹⁸ de dirigentes, que a teoria da separação dos poderes passou a assumir um caráter de separação de funções, coordenadas e cooperadas à consecução de um fim último, qual seja o de efetivar o Texto Maior.

Jorge Hage¹⁹ considera que a modificação material sofrida pelas Constituições nas primeiras décadas do século XX foram capazes de ensejar, juridicamente, ao cidadão destinatário de suas normas o direito subjetivo à legislação, quando a omissão da norma infraconstitucional é impeditiva do exercício de um direito já concedido pela Constituição.

A normatividade do texto constitucional é integral, sob todas as dimensões dos direitos fundamentais nele contemplados, emergindo, portanto, o direito subjetivo de emanção de atos legislativos, administrativos e judiciais voltados à sua máxima concretização, caracterizando, no entendimento de Dirley da Cunha Jr, um direito fundamental à efetivação da Constituição²⁰, extraído da teoria dos direitos fundamentais, cujo aspecto subjetivo denota a exigibilidade judicial, e seu aspecto objetivo tal direito à efetivação encontra-se espelhado na eficácia dirigente da Constituição, que impõe ao Estado o dever de concretizar todas as suas normas.

Trazendo a esta perspectiva, tem-se o reconhecimento normativo através do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988²¹, que consagra a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, acarretando, para o Poder

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 Edição revista. Livraria Almedina Coimbra, 1993

¹⁹ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

²⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.p. 266-268

²¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicao.htm

Judiciário uma postura ativa, na hipótese de reconhecida omissão dos poderes públicos, sem incorrer em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Desta forma, a omissão inconstitucional, seja total ou parcial, vislumbrada no plano da exigibilidade e efetivação dos direitos, define-se como aquela que apresenta uma abstenção indevida, por imposição de norma certa e determinada, cuja não exequibilidade é capaz de gerar a erosão do texto constitucional (total), ou, ainda, quando a regulamentação infraconstitucional revela-se insuficiente ou inadequada ao exercício do direito em questão (parcial). Não se apresenta juridicamente ante o dever genérico de legislar, e sim quando a Constituição assim ordena, de modo objetivo – identificável nas normas constitucionais de eficácia limitada, sem prejuízo da aferição do elemento temporal, valendo-se a jurisdição constitucional da razoabilidade da conduta inerte do Estado, na análise do caso concreto:

[...] Segundo JORGE MIRANDA, a omissão é relevante sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade, nas condições que estabelece, o destinatário não o faça nos termos exigidos e *não o faça em tempo útil*. Vê-se, portanto, que a apreciação da omissão não pode ser separada da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo, dentro do qual podia e devia ser produzida a medida necessária para conferir exequibilidade à norma constitucional. Ante esse elemento temporal, pode-se afirmar que a inconstitucionalidade por omissão, para ser reconhecida, pressupõe também um juízo sobre o tempo²².

Diante dessas considerações, observa-se que o papel exercido pela jurisdição constitucional no controle das omissões inconstitucionais, tanto em sua modalidade difusa quanto concentrada, exige a adoção de um modelo hermenêutico concretista, quedando insuficiente o mero reconhecimento da inércia legislativa ante a ausência de elaboração da norma regulamentadora tendente a efetivar a norma constitucional. O dever de promoção da máxima efetividade das normas constitucionais é relegado a todas as funções estatais, restando ao Judiciário a tarefa de colmatar as lacunas legislativas existentes, valendo-se de técnicas criativas como a analogia se necessário, conferindo ao demandante uma resposta mais efetiva e eficiente face o seu direito subjetivo violado, previsto constitucionalmente.

²² CUNHA JR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p.p. 125-126

3. O mandado de injunção. Escorço histórico e jurisprudencial. Aspectos relevantes da lei 13.300/2016. Prognósticos do controle das omissões inconstitucionais no Brasil

A origem etimológica do vocábulo “mandado” provém do latim *mandatum*, cujo significado é ordenar. No mundo jurídico designa um comando emanado de autoridade pública, judicial ou administrativa, visando ao cumprimento de certa diligência ou medida que se ordena. Assume duas acepções: a de cunho processual, perfazendo uma das formas dos atos processuais (a exemplo do mandado de citação, mandado de soltura, mandado de penhora etc.); e a de cunho substancial, a qual designa ordem, comando.

No direito constitucional pátrio, o sentido material de *mandatum* repousa nas ações constitucionalmente previstas (*writs*), que propiciam ao autor o direito de obter do Estado provimento jurisdicional com o escopo de tutelar direitos e liberdades fundamentais diante da ocorrência dos abusos de poder ou ilegalidades praticadas pelas autoridades públicas, ou, ainda, da inércia que obstaculize o exercício destes direitos previstos no texto constitucional.

Desta forma, se de um lado o Estado tem consigo instrumentos eficazes de controle social, de outro os indivíduos são titulares de direitos públicos subjetivos, que dentre suas funções está e a de limitar e tolher o abuso do poder.

O Mandado de Injunção (MI) é um remédio constitucional, previsto na Constituição brasileira de 1988 no capítulo dedicado aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, integrante do Título II, dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Objetiva tornar viável direito ou prerrogativa constante em norma constitucional pendente de regulamentação, a qual impossibilita o exercício deste direito pelo titular, e destinado a promover, em caráter difuso, o controle da constitucionalidade das omissões inconstitucionais do Poder Público.

Na Constituição de 1988²³ tal medida consta em seu art. 5º, LXXI: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Este remédio constitucional tem como objetivo, através do Poder Judiciário, em caráter concreto, a regulamentação de direitos esparsamente consagrados na Constituição, indispensáveis à concretização dos direitos e liberdades nela previstas, especialmente àquelas atinentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, suscitando o controle judicial sobre a omissão do Poder Legislativo.

No que diz respeito a sua origem, vários estudiosos tentaram fazer comparações entre o Mandado de Injunção brasileiro e outros institutos já existentes no direito comparado, reportando-se, de forma remota, à análise do vocábulo *injunction*, cuja

²³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

origem está diretamente ligada ao sistema do *common law* inglês, fundado nos precedentes judiciais e nos costumes²⁴.

Dirley da Cunha Jr.²⁵ faz menção à doutrina que identifica no direito alemão a origem do mandado de injunção, como sendo o equivalente ao *Verfassungsbeschwerde*, previsto no artigo 93, n° 04-A, da Lei Fundamental de Bonn, o qual consiste numa ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, proposta pelo particular perante o Tribunal Constitucional Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

A “*injunction*” foi conceituada como uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte, permitindo ao tribunal coarctar lesões a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente, cujo descumprimento é capaz de acarretar desobediência judicial²⁶.

No Direito norte-americano, a injunção, em 1789, era frequentemente utilizada nas Cortes com base na chamada “*jurisdição de equidade*” – que se fazia presente sempre que a norma se afigurava incompleta ou insuficiente para solucionar, com justiça, um determinado caso; ou quando o conflito reclamava a invocação dos princípios de justiça e consciência por parte do julgador – denotando um desdobramento da equidade.

É importante salientar que o objeto do *Writ of Injunction* do Direito norte-americano é mais amplo, pois se inclina sobre determinadas situações para as quais não há medida processual tão pronta e eficaz. Trata-se de um instrumento garantidor da equidade, cuja base jurídica é a igualdade prevista nos cânones constitucionais e seu fim precípuo é a obtenção de um mandamento judicial de fazer ou não fazer alguma coisa, seja para outorgar um determinado direito ou para impedir sua atuação restritiva²⁷.

No direito italiano, a *ingiunzione* pertence ao direito processual em matéria tributária, como uma forma de se exigirem créditos tributários sem precisar recorrer a um título executivo – correspondendo ao típico procedimento monitório no direito pátrio²⁸.

Estas considerações em torno da injunção no direito comparado servem para corroborar a originalidade do conceito e alcance do Mandado de Injunção no direito brasileiro, o qual se relaciona intimamente com o problema da eficácia das normas

²⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004

²⁵ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.129

²⁶ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.49

²⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.p.50-52

²⁸ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.53

constitucionais e da efetividade como direito constitucionalmente assegurado ao cidadão, a partir da interpretação do mencionado remédio constitucional.

Na história constitucional brasileira, a Assembleia constituinte de 1987-1988, a comissão provisória de estudos constitucionais, denominada “Afonso Arinos” e presidida pelo ex-presidente José Sarney, à época da apresentação do anteprojeto de constituição, suscitou a preocupação em assegurar a efetividade das normas constitucionais. Diante disso, foi apresentada a seguinte solução: “*Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la (a Constituição), o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional.*”. Na sugestão constituinte nº 155-4, de 27-03-1987, o senador Virgílio Távora, em parceria com o deputado Carlos Virgílio, elaborou a seguinte redação para o Mandado de Injunção, em matéria procedimental: “*Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á “mandado de Injunção”, observado o rito processual estabelecido para o Mandado de Segurança.*”²⁹

Esta não foi a única das discussões enfrentadas sobre tal ação – até o próprio termo sofreu variações, sendo sugeridos *nomen juris* como “Mandado de Garantia Constitucional”, “Mandado de Garantia Social”, “Mandado de Concretização” e “Mandado de Integração”. Após um longo caminho, o instituto foi finalmente acolhido na Comissão de Sistematização, com a denominação “Mandado de Injunção” e aprovado nos termos da redação do art. 5º, LXXI, da Constituição de 1988.

Portanto, diante daquilo que o constituinte originário almejou para o Mandado de Injunção, mormente à luz do escorço histórico do instituto, percebe-se claramente que as discussões enfrentadas em torno desta ação, até o advento da lei 13.300/2016, estiveram ligados a fundamentos doutrinários e jurisprudenciais pautados ideologicamente numa direção contrária à proposta de um Estado democrático de Direito nos moldes traçados pela Constituição de 1988, que traz, em seu rol de direitos e garantias fundamentais, a tutela processual assecuratória da máxima efetividade de suas normas, expressas em seu texto.

No que tange às espécies de direitos contemplados por este instituto, sem igual no direito comparado, como já explanado alhures, o Mandado de Injunção envolve uma relação de causa e efeito – que no entendimento de Flávia Piovesan³⁰ traz os seguintes termos, expressamente previstos na Carta Constitucional: a falta de norma regulamentadora e a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

²⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.p.47-48

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.p.134-135

No tocante à definição de “norma regulamentadora” a qual seria objeto da omissão inconstitucional, tutelável via mandado de injunção, Dirley da Cunha Jr.³¹ assevera que a injunção é voltada ao suprimento de toda e qualquer medida normativa necessária para tornar efetiva norma constitucional – lei em sentido amplo, não estando restrita à atuação legislativa.

Outro ponto de destaque mencionado pelo autor é o do cabimento da injunção nos casos das omissões inconstitucionais parciais, desde que as mesmas venham a obstaculizar o exercício de algum direito fundamental, bem como nos casos da inconstitucionalidade da norma regulamentadora, ocasião que revelará sua própria ausência.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) não admitia o MI nestes casos, por entender que, havendo norma regulamentadora, ainda que insatisfatória ou inconstitucional, não enseja tal remédio, por não se comparar à ausência desta norma. (MI 79-4, DJU de 02.08.90). A partir de então, e especialmente diante do trabalho desenvolvido pela doutrina, tal controvérsia restou superada, tendo sido retratada na lei 13.300/2016³², em seu artigo 2º:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Questão interessante é cogitar o cabimento do MI quando o projeto de lei consistente na norma regulamentadora já foi apresentado ao Congresso Nacional. Para o STF, a resposta é negativa; Dirley da Cunha Jr.³³, por sua vez, pugna por uma interpretação extensiva, em consonância com a doutrina dominante, no sentido de que o mandado de injunção é destinado à promoção da efetividade de todos os direitos previstos constitucionalmente que demandem atuação do Poder Público. Ademais, tal entendimento comunga com a própria dicção do parágrafo único do artigo 2º da lei 13.300/2016, que admite a impetração do MI nas hipóteses de regulamentação insuficiente por parte do órgão legiferante.

Nesta hipótese, estar-se-ia, inclusive, a colmatar eventual lacuna em caráter preventivo, a partir da análise do projeto de lei pelo órgão julgador, quando este considera-lo insuficiente à efetividade da norma constitucional. Assim, ao final do

³¹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.131;133

³² BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>

³³ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.134

processo legislativo, a norma seria então positivada no sistema livre de quaisquer vícios de inconstitucionalidade.

Quanto à legitimidade ativa, o artigo 3º da lei 13.300/2016³⁴, que reproduziu o entendimento do STF em torno do assunto, prescreve que

São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.

No tocante à legitimidade passiva, Luís Roberto Barroso³⁵ salientou que a mesma exige análise um pouco mais minuciosa, trazendo duas possibilidades doutrinárias em torno da questão: a primeira posição defende que é sobre a autoridade ou órgão público a que se imputa a omissão, bem como, em litisconsórcio necessário, sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção.

A segunda posição relativamente à parte demandada inclina-se no sentido de que tal deve recair sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, ficando de fora o órgão que haja quedado inerte, com a devida ciência ao órgão responsável pela omissão, que poderá, inclusive, trazer elementos e informações relevantes para a decisão.

Dirley da Cunha Jr³⁶ entende que os legitimados passivos seriam todos aqueles que viessem a suportar os efeitos da decisão no mandado de injunção, não estando restrito à autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora – o que vai ao encontro de uma nova tendência no processo civil brasileiro, qual seja a de fomentar a ampliação da participação daqueles que serão afetados pelas decisões judiciais, a exemplo da importância do *amicus curiae* e a influência da coletivização das demandas³⁷. Neste caso, não se trata de cogitar a intervenção destes agentes no MI, mas sim a de se constatar que a ampliação do rol de demandados na ação serve para aprimorar o exercício do contraditório, e com isso contribuir à elaboração de uma norma regulamentadora faltante mais condizente com as circunstâncias do caso.

³⁴ BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>

³⁵ BARROSO, Luís Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p.101

³⁶ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.p.137-138

³⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelos amicus: notas a partir e para além do novo Código de Processo Civil). In *Revista de Processo*. Vol.251. ano 41.p.43-73. São Paulo: Ed. RT, jan 2016.

No que diz respeito ao objeto, Luís Roberto Barroso³⁸ preleciona que a melhor inteligência do dispositivo constitucional e de seu real alcance está em vislumbrar no MI um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edição de uma norma, e sim fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, dada a carência de regulamentação, cuja ausência venha a inviabilizar um direito constitucional.

A competência atinente ao Mandado de Injunção está prevista na Constituição de 1988 em seus artigos 102, I, *q*, que trata da competência originária do STF e no inciso II, alínea *a*, que dispõe sobre a sua competência recursal e a competência originária dos tribunais superiores. No artigo 105, I, *h*, trata-se da competência originária do STJ e no artigo 121, § 4º, inciso V, há fixação da competência originária dos Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral para julgar o Mandado de Injunção.

Para Barroso³⁹, a Constituição repartiu a competência para o julgamento com base na fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante, o que levou alguns à crença de que se trata de um critério *ratione personae*, que se harmoniza com a posição do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o polo passivo da relação processual deve ser integrado pelo órgão omissor, e não pela pessoa a quem incumbiria a prestação demandada pelo legitimado ativo, dependente de norma regulamentadora.

Quanto aos efeitos da decisão no Mandado de Injunção, Dirley da Cunha Jr⁴⁰ elencou os três posicionamentos consagrados no Supremo Tribunal Federal a respeito: o primeiro, de que o órgão julgador deveria ater-se a declarar a omissão inconstitucional, cientificando o órgão competente para adoção das providências cabíveis; o segundo, de que ao Poder Judiciário cumpre tão somente elaborar a norma regulamentadora faltante, e a terceira, que pugna pela efetivação do direito fundamental frustrado pelo Poder Judiciário.

O STF, neste particular, no julgamento do MI 107-3, considerado o aresto paradigma da matéria, considerou que o objeto do mandado de injunção é a declaração da omissão inconstitucional e posterior comunicação ao órgão legislativo moroso, colocando no mesmo patamar o referido remédio constitucional e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual restringe-se a notificar a mora legislativa, ao

³⁸ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p.p.102-103

³⁹ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p.100

⁴⁰ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.p.141-146

argumento do respeito ao princípio da separação dos poderes (MI 107-3, MI 42-5, MI 168-5), posição esta denominada não concretista.

Posteriormente, a Corte constitucional brasileira mudou o seu posicionamento, no julgamento do MI 283-5, no qual assinalou, além da constatação da mora legislativa e fixação de prazo hábil a saná-la, a configuração da decisão judicial em apreço num título hábil à reparação por perdas e danos aos lesados pela omissão, classificada como posição concretista individual intermediária. A referida ação fundou-se no artigo 8º, § 3º, do ADCT⁴¹.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal apresentou entendimento mais ativo e tendente a tornar o mandado de injunção um poderoso instrumento de efetividade das normas constitucionais, garantindo o direito do impetrante sem condicioná-lo à obtenção de título executivo na instância ordinária, relativizando assim a concepção ortodoxa e rígida da separação dos poderes, a exemplo dos julgamentos nos MI's 232-1 (fundado no artigo 195, § 7º, acerca da isenção de contribuição social às entidades beneficentes de assistência social que atendessem às exigências legais) e MI 721 (que versou sobre a ausência de lei complementar prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição, para que fosse concedida aposentadoria especial aos profissionais que exerceram atividades consideradas insalubres).

Por fim, antes da entrada em vigor da lei do mandado de injunção, o STF adotou o que doutrinariamente rotulou-se de posição concretista geral direta⁴², em que, ao julgar o MI 712, que tratou do direito de greve dos servidores públicos, a Corte suprema atribuiu efeitos gerais e *erga omnes* à decisão, criando um precedente aplicável a todos os servidores públicos, através da adoção, por analogia, dos critérios já previstos para o exercício do direito de greve pelos trabalhadores celetistas.

O legislador, nos artigos 8º e 9º da lei 13.300/2016⁴³, estabeleceu os seguintes efeitos à decisão no mandado de injunção:

Art. 8º. Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:
I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

⁴¹ CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.155

⁴² CUNHA JR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.154

⁴³ BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora

§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

Da análise dos dispositivos acima mencionados tem-se o reconhecimento da mora legislativa como ponto de partida e, ato contínuo, caso não haja a devida ação legislativa no prazo estipulado pelo órgão julgador, haverá a possibilidade de criação judicial da regulamentação do direito para tornar efetiva a norma constitucional que o prevê, com o estabelecimento das condições necessárias ao seu exercício; e, para além da ordinária eficácia subjetiva, típica do controle difuso de constitucionalidade, o MI traz a hipótese de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão, quando este efeito for considerado imprescindível ao exercício do direito objeto da demanda – dentre outras razões, destaca-se a observância do princípio da isonomia, conduta que se impõe a todos os destinatários da norma faltante, a qual fora objeto da impetração.

Pela primeira vez no direito positivo brasileiro tem-se a criação de uma lei que, em controle difuso de constitucionalidade, através do Mandado de Injunção, prevê hipótese de prolação de sentença judicial com eficácia contra todos, caracterizando um precedente, de *lege lata*, sendo despidendo invocar o artigo 489, § 1º, inciso VI do Código de Processo Civil de 2015⁴⁴, aplicável aos incidentes de inconstitucionalidade, segundo o qual a decisão judicial não se considera fundamentada quando deixar de observar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a peculiaridade do caso concreto, capaz de afastar ou superar tal entendimento.

Saliente-se que tal inovação representa um avanço do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro, por meio do MI, mais próximo do modelo norte-americano, o qual consagra o princípio do *stare decisis*, a saber, o efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade sobre todos os órgãos estatais e toda a sociedade face o objeto daquela demanda, o que confere segurança, isonomia e estabilidade da jurisdição constitucional.

⁴⁴ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

Além disso, tem-se no artigo 11 da lei do mandado de injunção⁴⁵ que

A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.

Da leitura deste dispositivo, verifica-se que o efeito vinculante da decisão judicial em MI estende-se aos órgãos de todos os poderes do Estado, presentes no âmbito da norma regulamentadora objeto da impetração, na medida que a edição superveniente desta norma faltante só terá eficácia retroativa se for mais favorável aos destinatários. Tratamento diverso foi conferido à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão, na lei 12.063/2009⁴⁶. Como instrumento de defesa objetiva e abstrata da Constituição, a decisão proferida na ADI por omissão limita-se à declaração da omissão inconstitucional ao Legislativo, somente concedendo prazo ao Executivo para suprir a omissão, de 30 dias.

Fazendo uma comparação entre estes dois mecanismos de correção das omissões inconstitucionais, através da análise dos efeitos da sentença, é possível prever um futuro não muito interessante à ADI por omissão, visto que o Mandado de Injunção apresenta-se mais satisfatório ao cumprimento do desiderato da efetividade da norma constitucional, na medida que possibilita ao Poder Judiciário uma atuação mais proativa e concretizadora, próxima das necessidades sociais carentes da expedição do regramento ausente – visto que a mera declaração da conduta omissiva, presente no controle abstrato, não se coaduna com o princípio da supremacia e normatividade da Constituição e a exigência de sua conformação aos poderes do Estado e à sociedade em seu todo.

Além disso, o MI pode ser impetrado coletivamente, ante a previsão do artigo 12 da lei 13.300/2016⁴⁷, ressaltando os incisos I e IV, em que o Ministério Público e a Defensoria Pública figuram no rol dos autores desta ação, abraçando, com isso, toda a coletividade, em seus diferentes graus de interesse – o que torna obsoleto e, por certo, desnecessário o ajuizamento de uma ADI por omissão, cujos legitimados ativos são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), corroborando, desta forma, o prognóstico do aprimoramento do controle das omissões inconstitucionais pela utilização da via difusa e a obsolescência da via concentrada.

⁴⁵ BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>

⁴⁶ BRASIL. *Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009*. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>

⁴⁷ BRASIL. *Lei 13.300, de 23 de junho de 2016*. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>

Conclusão

À luz dos estudos levantados em torno do princípio da supremacia da Constituição, da juridicidade do seu texto e seu significado na conformação da conduta dos poderes do Estado rumo a sua máxima realização, tem-se que o problema da omissão inconstitucional no direito brasileiro ganhou novos contornos através do estudo do Mandado de Injunção, mormente a partir de sua regulação pela lei 13.300/2016.

Com efeito, limitar o Poder Judiciário a reconhecer a existência da omissão, como ocorre na ADI por omissão, não condiz com o arcabouço teórico e principiológico presentes no estudo da jurisdição constitucional, o qual dirige o estudioso da matéria a, necessariamente, conceber os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos ou omissões do Poder Público voltados ao estabelecimento de um padrão de correção tendente a fomentar a cooperação entre os poderes do Estado em prol da realização integral do Texto maior, a par do princípio da independência entre os poderes.

A presença das omissões inconstitucionais e a maneira de sanar tais vícios em um Estado democrático de Direito, que toma como referência primeira as diretrizes constitucionais, detecta qualitativamente as relações entre esses poderes, a qual, em última análise, evidencia a consciência política e o grau de comprometimento dos seus representantes em face da Constituição.

Com efeito, os contornos legislativos do Mandado de Injunção no Brasil consagraram a relatividade do princípio da separação dos poderes, face o objetivo de realizar a Constituição – de maneira que uma omissão somente pode ser suprida com a prática da ação reclamada, sendo inócuo o reconhecimento judicial da lacuna sem a presença de ações hábeis a reverter este quadro.

Além do caráter mandamental e concretista deste importante remédio constitucional, ganhou destaque a lei 13.300/2016 pela criação da hipótese de atribuição de efeitos *erga omnes* à sentença, caracterizando uma relevante inovação no estudo do controle difuso de constitucionalidade; a partir do MI é possível conferir maior estabilidade e isonomia do comando judicial ante a ocorrência destes efeitos. Também foi conferida, no Mandado de Injunção coletivo, uma maior representatividade social por meio da presença, no rol dos autores da ação, do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que reforça a predominância do aspecto jurídico sobre o político, se comparado tal remédio com a ADI por omissão, a qual possui como legitimados ativos o mesmo rol da ADI e da ADC.

Por todo o exposto, chegou-se à conclusão de que, atualmente, o Mandado de Injunção é o remédio constitucional que atende, com adequada coerência axiológica e maior carga de eficiência, à solução do problema da omissão inconstitucional no Brasil.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
- BRASIL. Lei 12.063, de 27 de outubro de 2009. Publicada no Diário Oficial da União em 27 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>
- BRASIL. Lei 13.300, de 23 de junho de 2016. Publicada no Diário Oficial da União em 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm>
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 9. Ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014 e com os julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6 Edição revista. Livraria Almedina Coimbra, 1993
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. – São Pulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- CUNHA JR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008
- _____. Controle de Constitucionalidade: teoria e prática. 8 ed. Salvador: Jus PODIVM, 2016
- ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como norma y el tribunal constitucional. 3 Ed. Madrid (Espana): Civitas Ediciones, 1983
- HAGE, Jorge. Omissão inconstitucional e direito subjetivo. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991

- KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013 (Biblioteca jurídica WMF)
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de injunção: um instrumento de efetividade da Constituição. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004
- MOREIRA, Egon Bockmann; FERRARO, Marcella Pereira. Pluralidade de interesses e participação de terceiros no processo (da assistência simples à coletivização, passando pelos amicus: notas a partir e para além do novo Código de Processo Civil). In Revista de Processo. Vol.251. ano 41.p.43-73. São Paulo: Ed. RT, jan 2016.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1998

(RES) SIGNIFICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

(RE)SIGNIFICATION OF THE SOCIAL FUNCTION OF THE COMPANY FRONT TO THE HUMAN RIGHTS

Jaqueline Aparecida Fernandes Sousa¹

Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Wagner Vinicius de Oliveira²

Universidade Federal de Uberlândia - UFU

Sumário: Introdução. 1 Perspectiva contemporânea da função social da empresa. 2 Globalização, Empresa e Estado: uma simbiose entre o público e o privado. 3 Efetividade horizontal dos Direitos Humanos. Considerações finais. Referências.

Introdução

O significado deste escrito está em compreender alguns dos desafios do Direito contemporâneo frente à globalização e, possui como situação problema investigar qual a função social da empresa num contexto de economia globalizada, frente aos Direitos Humanos. Busca-se, ainda, que consciente as limitações desenhar um panorama inclusivo dos Direitos Humanos no âmbito das relações privadas e estatais. Comunicando-se frontalmente com as novas perspectivas de promoção e proteção aos direitos e garantias fundamentais, assim como os Direitos Humanos.

Duas são as justificativas concernentes a realização deste trabalho investigativo: (i) em princípio, destaca-se o impacto social que esta discussão traz em seu bojo, sobretudo, no atual estágio da economia globalizada, responsável pela redefinição das relações sociais. (ii) um segundo motivo, repousa no impacto acadêmico. Isso porque, os trabalhos existentes sobre o assunto, por vezes, trazem a questão de forma polarizada, pressupondo que interesses estatais e da atividade empresarial estão dispostos em polos antagônicos, não havendo espaço para convergência, diferentemente das ideias aqui desenvolvidas.

No que toca ao objetivo geral consiste em desenhar um panorama da função social da empresa, no atual cenário globalizado, permitindo conciliar os interesses, públicos e privados, com a efetivação dos Direitos Humanos. Mais especificamente, consiste em (i)

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Graduada em Direito pela UFU (2015). *E-mail*: jaquelinesousadir@hotmail.com

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016). *E-mail*: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

analisar a perspectiva contemporânea da função social da empresa; (ii) averiguar a possibilidade de uma simbiose entre os interesses estatal e a atividade empresária e, por fim, (iii) estudar os impactos da efetividade dos Direitos Humanos neste cenário.

Para a abordagem do problema, o método mais adequado às necessidades deste trabalho alinha-se à vertente crítico-metodológica, segundo asseveram Maria Tereza Fonseca Dias e Miracy Barbosa de Sousa Gustin (2015, p. 21, grifos no original): “[...] supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos: [...] na versão postulada pela **teoria do discurso** e pela **teoria argumentativa**. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados.” Para ressignificar a função social da empresa frente aos Direitos Humanos.

Pelas reflexões apresentadas é possível responder preliminarmente a indagação acima apresentada, que a partir da convergência entre os interesses, públicos e privados, permite garantir e ampliar direitos, utilizando o termo em sentido amplo, isto é, direitos e garantias fundamentais, sociais e humanos. Possibilitando a superação de uma leitura hegemônica dos mercados globalizados. E, as implicações decorrentes de uma (re)leitura tendente a desconsiderar a dicotomia entre os interesses público e o privado.

Diante disso, põe-se a analisar, no primeiro momento, a perspectiva contemporânea da função social da empresa, a legislação infraconstitucional responsável por cunhar a expressão em seu rol de direitos a serem tutelados, de forma a concatenar o desenvolvimento das atividades privadas com as práticas sociais, representando uma integração entre a atividade empresarial e os objetivos constitucionalmente delineados ao longo do tempo.

No segundo momento, envereda-se por uma simbiose entre os interesses estatal e a atividade empresarial, perpassando pela discussão acerca da transnacionalização dos produtos e serviços, a afetação na soberania do Estado. Esboçando um ensaio sobre a efetividade dos Direitos Humanos, no terceiro momento, o centro das discussões volta-se ao problema de como conferir efetividade aos Direitos Humanos fundamentais assegurados pelos Tratados Internacionais, no qual o Brasil seja signatário.

Frente a este cenário contemporâneo demarcado pela hipercomplexidade nas relações econômicas e sociais, segundo consta no relatório do Grupo de Trabalho sobre a questão dos Direitos Humanos, empresas transnacionais e outras empresas em sua missão ao Brasil (Dez. 2016), fato que reclama a visualização sob distintos pontos de vista. Ao contrário, objetiva-se que haja a convergência entre o interesse estatal e a atividade empresarial, numa ponte de racionalidade transversal, analogicamente ao que ressalta Marcelo Neves (2009), de forma que essa reunião de interesses possa tornar o espaço ideal para a efetivação dos direitos já consagrados no âmbito legal internacional e nacional.

Em arremate, chega-se à conclusão de que público e privado são noções que não estão situadas em polos opostos. Permitindo chegar à conclusão de que uma possível

alternativa é encontrada pela confluência entre os interesses públicos e privados, num autêntico diálogo das fontes.

1. Perspectiva Contemporânea Da Função Social Da Empresa

O papel desenvolvido pela função social da empresa é colocado em debate. E, como o próprio título anuncia, busca-se compreender a perspectiva atual da função social da empresa, exatamente por entender que existem contribuições a serem realizadas por esta diretiva axiológica e teleológica de Direito privado. Para tanto, vale realizar uma ligeira digressão histórica sobre a trajetória da função social na atividade empresarial.

Assim, necessário acrescentar a disposição contida na Lei n. 6.404/1976, sendo a mais remota menção legislativa nacional de que se tem notícia. A Lei das Sociedades por Ações, dispõe sobre o tema na Seção IV - Deveres e responsabilidades - Dever de diligência, no art. 154: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.” (BRASIL, 1976).

Inicialmente, é possível cogitar tratar-se de um dispositivo legal vocacionado para relações *interna corporis*, uma vez que se destina diretamente ao administrador da atividade empresarial na gestão de seus interesses privados. Sua aplicabilidade volta-se, também, para a conduta pessoal do administrador reforçando, assim, sua inserção na seção das responsabilidades do gerenciador.

De igual monta, é pontuar que o legislador infraconstitucional ao aproximar a condução das atividades privadas das práticas sociais, representa, por assim dizer, a própria continuidade da atividade empresarial integrada aos objetivos constitucionalmente traçados. Além disso, vale frisar que o período de promulgação da referida Lei circunda um inescapável regresso no momento histórico, político e econômico vivenciado, uma vez que neste período o Brasil atravessava a ditadura civil-militar.

Sob a égide da Constituição da República de 1967, passando pela Emenda Constitucional n. 01 de 1969, bem como pelo governo do General Ernesto Beckmann Geisel, a função social da empresa foi expressamente prevista na sobredita Lei, representado nítido direcionamento das políticas econômicas desenvolvimentistas adotadas à época. Contudo, não seria possível pensar que a função social da empresa teria atualmente idêntico significado dos idos da década de 1970. Nesta trilha, desenvolve-se a análise reflexiva sobre a temática.

Então, invariavelmente a função social da propriedade encontra repositório na atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, CRFB/88, não em vão, fora positivada no Título II - Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I - Dos direitos e deveres individuais e coletivos, em seu art. 5º, XXIII. “A propriedade atenderá a sua função social.” (BRASIL, 1988).

Deste modo, em larga medida, entende-se que a disposição normativa que emana do Texto Constitucional de 1988, art. 186, I ao IV, deve ser replicada para compreender o atual sentido e alcance da função social da empresa, confira-se:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.³

A primeira disposição constitucional é replicada, sob a predicação de princípio orientador da atividade econômica no Título VII - Da ordem econômica e financeira, no Capítulo I - Dos princípios gerais da atividade econômica, art. 170, do Texto Maior: “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: [...] III - função social da propriedade;” (BRASIL, 1988).

Vale dizer, que esta última disposição é a evolução da Constituição de 1967, primeira constituição brasileira a tratar do tema em seu art. 157, III⁴ e, na Emenda Constitucional n. 01/1969, art. 160, III⁵, com previsões assemelhadas. Contudo, não se trata de mera releitura gramatical no Texto Constitucional vigente, conforme será aprofundado adiante, ao contrário, trata-se de uma orientação axiológica e teleológica que possui implicações de ordem prática.

Soma-se a fundamentação jurídica apresentada a definição do termo princípio, que por sua vez, qualificativa a função social da empresa. Para tanto, segundo expõe Humberto Bergmann Ávila, conforme consta no fragmento abaixo transcrito:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário oficial da União, Brasília: Senado, 1988, art. 186, I, II, III, IV.

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade;

⁵ Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: III - função social da propriedade;

a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁶

O contexto de incidência do referido princípio da socialidade é aquele em que se adota a função socializadora dos fatores de impacto econômicos (endógenos) e sociais (exógenos) com reflexos da atividade empresarial. Porém, não se trata de uma visão idealizada, visto que também traz consigo externalidades negativas, isto é, as consequências, positivas ou negativas, provocadas a terceiros por um agente econômico.

Pela própria definição de princípio acima apresentada, vê-se, também, como um critério de conteúdo finalístico, pois, a dita “adequação entre estado de coisas”, busca a conformidade das condutas destinadas a alcançar determinados objetivos. Assim, é possível avançar um pouco mais sobre a temática, devendo direcionar as incursões para determinar, em linhas gerais, a substância do princípio da função social da empresa.

Numa definição preliminar, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 159), coloca como um princípio “constitucional, geral e implícito” que se materializa pela geração de riquezas, tributos, cultura, proteção ao meio ambiente, consumidores *etc.* Por seu turno, Estefânia Rossignoli, também preliminarmente, aponta que:

A função social da empresa **assegura** a função social dos bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar uma destinação compatível com o **interesse da coletividade**. Entretanto, a função social não significa uma condição limitativa para o exercício da atividade empresarial, visa proteger a empresa contra a voracidade patrimonialista do mercado.

Nesse contexto, a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses dos que se situam em torno das empresas. O objeto da propriedade, que no Direito Civil está limitado aos bens materiais tangíveis, ganha outra dimensão no art. 5º da Constituição Federal.⁷

Em comentário *en passant* Thais Mendonça Aleluia (2014, p. 62), entende como “função social criar empregos”. Todavia, urge ressaltar que a mera compilação e esquematização de dados manualísticos revela-se, por si só, insuficiente⁸ para compreender o processo concreto e dinâmico de determinação da função social da empresa. Mesmo porque, este objetivo não encontra guarida nas obras supramencionadas.

⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79, grifos no original.

⁷ ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 43, grifos no original. (Sinopses para concursos).

⁸ Sobre o tema, dentre outros, consultar: LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodología para um trabajo jurídico sensato, 2006, p. 55, tradução nossa: “A cultura dos manuais impede justamente isso: que os problemas reais e práticos se convertam em problemas jurídicos. A forma tradicional de ensinar direito é, de fato, empobrecedora, pois os manuais dificilmente apresentam as questões jurídicas como problemas propriamente ditos.” (No original: “La cultura de los manuales impide justamente eso: que los problemas reales y prácticos se conviertan en problemas jurídicos. La forma tradicional de enseñar derecho es, de hecho, empobrecedora, pues los manuales dificilmente presentan las cuestiones jurídicas como problemas propriamente dichos.”).

Assim, este escrito dialoga com um debate aprofundado visando (re)ordenar os próprios valores da empresarialidade, com vistas a manter (ou criar) um padrão dominante de observância dos Direitos Humanos, bem com seus reflexos na atividade empresarial privada. Ensaia perspectivas contemporâneas capazes de, como dito, compatibilizar os fins da atividade empresarial com a efetivação dos Direitos Humanos e fundamentais.

Em sua perspectiva contemporânea, o aludido princípio destina-se a coibir abusos do poder empresarial e econômico. Sendo que a dinamicidade das relações sociais exige que as atividades econômicas sejam cada vez mais descentralizadas, cenário no qual novos desafios se impõem ininterruptamente em economias globalizadas, onde as redes de interações hipercomplexas não são integralmente reguladas pelo Direito.

Nessas situações não deve obliterar do papel integrativo dos princípios na atividade jurídica, ao revés, pelas práticas inclusivas buscar promover e conciliar valores caros ao sistema democrático, positivados na Constituição da República de 1988 e em Tratados Internacionais⁹. Portanto, neste específico particular, vale a transcrição do posicionamento defendido por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, quanto a harmonização dos interesses público e privado:

Uma abordagem desse tipo permitirá afirmar claramente plena compatibilidade entre a esfera dos interesses da empresa e da justiça social, já que as tarefas de redistribuição de riqueza devem ter um carácter dinamizador dos setores menos favorecidos, não os conformando. Ademais, ele permitirá igualmente conciliar a necessidade de manter os atuais níveis de bem-estar e a necessidade de realizar ajustes na priorização das prestações, que se traduzem numa maior efetividade do esforço redistributivo.¹⁰

Ainda no tocante à convergência entre os interesses públicos e privados, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 210) trazem à baila a criação pela Alemanha, de uma lei específica para o ressarcimento social das vítimas de violência, em especial os vulneráveis, como mulheres, idosos e crianças. Em 1933, esta lei foi expandida para incluir os atos de violência contra estrangeiros. Tratam-se de regras de direito público, o que foge ao objeto de análise desse artigo, todavia aponta para duas tendências mundiais: “a criação de leis e fontes específicas para a proteção dos vulneráveis e o uso necessário da teoria do diálogo das fontes, sejam de direito público ou de direito privado, para a efetiva e completa defesa dos mais fracos na sociedade.”

⁹ A exemplo dos arts. 1º e 2º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

¹⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Aproximación al derecho administrativo constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 42, tradução nossa. (No original: “Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.”).

No mesmo sentido, Guilherme Aparecido da Rocha e Mariana Ribeiro Santiago (2017, p. 285), apresentam a discussão da função social da empresa sob o viés da “pós-modernidade”, afirmando ser imperioso que a empresa passe a ser vista sob a ótica de uma realidade distinta da que inserida anteriormente. Segundo os autores, os desastres da crise de 1929, aliados à insuficiência do modelo econômico oferecido pelo *welfare State*, “[...] comprovam que a sociedade somente se desenvolve de forma satisfatória com a liberdade de atuação empresarial limitada e modelos jurídicos que priorizem a conjugação de fatores públicos e privados.”

Com efeito, fala-se numa radicalização democrática do direito fundamental de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, até mesmo como forma de maximizar e de fornecer o instrumental necessário para sua efetivação. Contudo, o desafio emergente é compatibilizar estes acessos pelas práticas plurais e inclusivas, somados a inerente finalidade lucrativa, dentro de um sistema capitalista globalizado, com a realização de valores humanos.

Estas ideias de reorientação dos interesses colaboram para enfrentar os desafios que se apresentam na contemporaneidade, isto porque, atitudes integrativas devem ser voltadas para a concretização de valores humanos, sociais e econômicos. Cabe ressaltar que o acesso ao progresso econômico e tecnológico constitui um Direito Humano que precisa ser contemplado nas práticas atuais, todavia, não deve ser considerado um fim em si mesmo, nem tampouco ser realizado à revelia da participação das partes interessadas (*stakeholders*).

Nesse cenário, o princípio da função social da empresa possui significativas contribuições para este escrito. Harmonizar estes objetivos implica reconhecer um ambiente integrativo econômico, social e cultural, que de forma complementar possam traçar estratégias em comum para a consecução dos objetivos fundamentais da República¹¹, temas abordados nos tópicos que seguem.

2. Globalização, empresa e estado: uma simbiose entre o público e o privado

Chegada a era da globalização. Zygmunt Bauman (1999, p. 65), alerta para o intenso significado reverberado pelas ideias da globalização, sobretudo em termos econômicos, o “[...] caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a ‘nova desordem mundial’ de Jowitt com um outro nome.”

Stuart Hall (2003, p. 59) aduz que a atual globalização é uma “novidade contraditória”. Tal realidade deve-se às suas articulações econômicas, financeiras e culturais que são voltadas para o ocidente, dominadas pela hegemonia norte-americana, especialmente os Estados Unidos da América. Em sua ideologia, é guiada pelo neoliberalismo global, que rapidamente se torna o senso comum da época.

Estes impactos não se restringem aos aspectos econômicos. Numa análise ampliada da concepção jurídica, Luigi Ferrajoli (2001, p. 37, grifo no original, tradução nossa)¹² sustenta ser “[...] um neoabsolutismo regressivo e de retorno em que se manifesta pela ausência de regras abertamente assumidas, pelo atual anarco-capitalismo globalizado, como a nova *grundnorm* da nova ordem econômica internacional.”

Em 1999, José Eduardo Faria (2004, p. 13), refletia acerca da transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finança e consumo, que em pouco mais de uma década foi responsável por transformar radicalmente as estruturas de poder, alterou significativamente as noções de tempo e espaço, extinguiu barreiras geográficas, modificou as relações trabalhistas, multiplicou em longa escala planetária o fluxo de ideias, valores culturais e problemas sociais.

É nesse turbulento contexto que se insere a crise paradigmática pela qual o Direito atravessa. Decorrido o momento inaugural de transnacionalização dos mercados, vive-se, conforme indica Faria (2004, p. 14) a fase relativa às mudanças jurídicas e institucionais, vitais para assegurar o funcionamento efetivo na economia globalizada. Diante disso, o Direito positivo apresenta dificuldades na edição de normas gerais para regulamentar campos cada vez mais específicos e setorizados da vida socioeconômica, lado outro, direitos individuais e sociais acabam por ser flexibilizados¹³.

Na esteira da chamada globalização, encontra-se o neoliberalismo, ambos agentes de significativas mudanças ocorridas nas últimas décadas. O direito de empresa, diante desse cenário de mazelas e exclusão proporcionados pela globalização e pelo neoliberalismo, acolhe os ditames constitucionais referidos no decorrer deste artigo, como forma de garantir e limitar as atividades nocivas de um mercado excessivamente capitalista. (FERREIRA, 2004, p. 72-78).

¹² No original: “[...] un neoabsolutismo regresivo y de retomo en que se manifiesta la ausencia de reglas abiertamente asumida, por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grundnorm* del nuevo orden económico internacional.”

¹³ Nesse sentido, indica como fundamento da ideia acima apresentada, a Lei da Terceirização recentemente aprovada (Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros).

Em verdade, como demonstrado no tópico antecedente, a função social da empresa está umbilicalmente associada ao cumprimento das disposições contidas no Texto Constitucional e, é assim que o conceito contemporâneo de empresa sofre influências tanto do ambiente econômico, quanto do âmbito jurídico. “A liberdade de iniciativa” afirma Ferreira (2007, p. 95), “exerce função limitadora no plexo negocial agregando valores e modernizando, a um só tempo, o conceito de empresa e, principalmente, da atividade empresarial tanto quanto influenciada pelas significativas modernizações decorrentes do ambiente econômico, jurídico e da sociedade de consumo.”

Jussara Ferreira, acredita que a função social da empresa reúne, para além dos preceitos constitucionais já explicitados, verdadeiros princípios éticos, possibilitando uma nova compreensão das relações empresariais da atualidade. Tal proposta vai ao encontro da ideia defendida nesse ensaio, ou seja, as relações econômicas e sociais engendradas pela globalização foram responsáveis por uma ressignificação da função social da empresa. “A sociedade de consumo atual, o novo contorno das atividades empresariais fazem despertar, na empresa moderna, a necessidade de reflexão acerca de suas ações e funções em um mundo globalizado, onde diferenciais passam a ser imperiosos como forma de estar no mercado.” (FERREIRA, 2004, p. 79).

Dito isto, cabe ainda consignar, conforme sustenta Gustavo Tepedino (2009, p. 42), que “[...] a clivagem entre público e privado foi elemento constitutivo da chamada primeira geração dos direitos fundamentais.” Em larga medida a separação apresentada para pensar o fenômeno jurídico naquela conjuntura histórica, não significa irrestrita adequação para compreensão da contemporaneidade. Noutra passagem, o autor sustenta que as “democracias capitalistas globalizadas” amparada pela separação entre as esferas pública e privadas “[...] incrementam a exclusão social e o desrespeito à dignidade da pessoa humana.” (TEPEDINO, 2009, p. 43). O resultado imediato é o enfraquecimento de conquistas históricas e filosóficas, sob o argumento de se tratar de um assunto de interesse particular.

Contudo, cabe ainda uma reserva no sentido de não creditar uma série de circunstâncias políticas, econômicas e sociais apenas na separação dos ramos do Direito. A guinada epistemológica de despatrimonialização do Direito Civil decorre da força normativa da Constituição, sobretudo dos princípios constitucionais, portanto, no Estado Democrático de Direito não há espaço para que a rígida separação se desenvolva livremente.

O desafio que o paradigma democrático passa a enfrentar é, dentre outros, efetivar a ordem econômica observando suas funções, sem que ocorra excessos, como vetor dessa simbiose se faz necessário diálogos entre Direito e Economia, ou como diria Marcelo Neves (2009, p. 34), através do conceito de racionalidade transversal¹⁴.

¹⁴ Termo cunhado originalmente por Wolfgang Welsch.

Convergingo para a proposta de imbricação entre os interesses públicos e privados defendida ao longo deste trabalho.

3. Efetividade horizontal dos direitos humanos

Nos tópicos precedentes, desenhou-se perspectivas sobre a função social da empresa e sobre seu atual contexto globalizado demarcado pela livre iniciativa privada, terminando por resenhar a impossibilidade de estanque separação entre os ramos do Direito. Ao contrário, percebe-se cada vez mais, a mútua influência entre os ramos do Direito. Incumbe neste momento detalhar algumas ideias anteriormente ensaiadas, com vistas uma concretização da efetividade horizontal dos Direitos Humanos, aplicáveis a temática proposta.

O recorte proposto revela-se um campo fértil de debates para os reflexos jurídicos e sociais dos desafios que são cotidianamente colocados em questão. A dita “sociedade globalizada” perpassa também por temas culturais voltadas para estimular e aprimorar diálogos sobre intolerâncias, injustiças, desconfianças *etc.*, desta forma, tais atualidades não devem passar ao largo das práticas empresariais.

Mesmo porque, segundo afirma Flávia Piovesan (2012, p. 381-383), “Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.”, acrescenta, ainda, que constituem a: “[...] unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada (*sic*), capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.”

A problemática sobre a efetividade ou eficácia dos Direitos Humanos, geralmente positivados no plano nacional na Constituição chamados de direitos e garantias fundamentais, frente ao cenário contemporâneo marcado pela hipercomplexidade nas relações econômicas e sociais exige ser (re)pensado sob distintos pontos de vista. Logo, este debate que aqui iniciado se revela significativo para compreender o atual momento histórico vivenciado. Como já se disse, distancia-se da estanque separação entre os interesses público e privado, notadamente, as ideias articuladas fundamentam-se em complementariedade entre os ramos do Direito e até mesmo, pode-se pensar, como diria Hans Georg Gadamer (2005, p. 457 [311]; p. 578 [401]), numa “fusão de horizontes” ou “fusão horizôntica”.

Assim, a tarefa que se apresenta deve ser compreendida como uma prática permanente que se propõe a superar o mero funcionalismo assistencial, bem como a atividade lucrativa como um fim em si mesma. Com efeito, as ideias aqui apregoadas visam superar a dicotomia da “publicização” do Direito privado, negando igualmente o inverso, propondo um ensaio teórico sobre um interesse público fundamental. Em termos mais simples, a tarefa que deve ser realizada coletivamente pelos ramos jurídicos é a positividade dos direitos e garantias fundamentais, que por sua vez são a internalização dos Direitos Humanos.

A eficácia horizontal¹⁵ dos Direitos Humanos seria a superação de reivindicações de uma pauta específica determinada por uma categoria social, para analisar a realidade social contemporânea em sentido amplo. De certa forma, remete a capacidade crítica e compreensiva dos desafios de um novo contexto social provocativo. O espaço ideal de fala de determinados agentes econômicos e estatais foi atomizado, assim, em termos de prováveis soluções faz-se necessário estabelecer diálogos contínuos com a realidade social, buscando novas respostas fundadas em decisões coletivas. Reinterpretando os tradicionais ramos, público e privado, do Direito.

Nessa senda, observa-se que a efetividade dos Direitos Humanos, ultrapassa a dicotomia acima apontada, na medida em que a proteção à pessoa humana positivada na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, passa a interferir direta e indiretamente na atividade empresarial. A título de ilustração, fala-se acerca da vedação da prisão civil do depositário infiel¹⁶.

Como se sabe, o referido instrumento de proteção dos Direitos humanos foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992¹⁷, em seu art. 7º, item 7, dispõe que: “Ninguém deve ser detido por dívidas.” (BRASIL, 1992), bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, que em seu art. 11, prevê: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.” (BRASIL, 1992). Colidindo com o próprio Texto Constitucional de 1988, art. 5º, LXVII, que expressamente permitia a possibilidade de prisão civil do depositário infiel.

Sem descer as minúcias do caso em questão, a eficácia dos Direitos Humanos foi capaz de interferir na atividade empresarial com vistas a proteção e promoção da proteção da pessoa humana, não mais permitindo a prisão civil como forma de coagir o adimplemento contratual. Bem por isso, em 2009 o Supremo Tribunal Federal mediante edição de enunciado de Súmula Vinculante n. 25, colocou termo à celeuma assegurando a eficácia da regra de Direitos Humanos incorporada ao ordenamento jurídico.

Para além da citada efetividade, outra lição que se extrai é que incumbe ao empresário encontrar outras formas, menos gravosa, de modo a realizar seu intento econômico com a observância dos Direitos Humanos e fundamentais. Nesta tônica, a partir de uma proposta reflexiva e inclusiva construir respostas para os dilemas verificados pelo Grupo de Trabalho da Organização das Nações Unidas - ONU (*Human Rights Council*), conforme relatório elaborado em dezembro de 2016, sobre a questão

¹⁵ Em analogia a eficácia dos direitos fundamentais, dentre outros, consultar SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁶ Em resumo, depositário é aquela parte que, por força de contrato, fica responsável pela guarda e conservação de determinado bem, móvel ou imóvel, sendo, portanto, uma propriedade resolúvel. Já, depositário infiel é a parte que detendo o bem, deixa-o perder.

¹⁷ Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

dos Direitos Humanos, empresas transnacionais e outras empresas em sua missão ao Brasil.

O dito documento tece relevantes considerações, positivas e negativas. Tocante aos instrumentos jurídicos ressalta a criação da Lei n. 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. E, o fato de que: “Os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos assinados pelo Brasil em 2015 contêm cláusulas de responsabilidade social corporativa objetivando que os investidores estrangeiros respeitem os Direitos Humanos e as leis ambientais no país hospedeiro.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 06, tradução nossa)¹⁸. Igualmente, ressalta a criação do Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade (Cadastro Empresa Pró-Ética), em alguma medida, compatíveis com o novo papel desenvolvido pela função social da empresa.

Lado outro, o cenário desafiador é contrastado pelo ambiente de forte crise econômica, por escândalos de corrupção, pela resistência injustificada de acesso às informações por parte dos órgãos estatais, sobre os impactos negativos aos Direitos Humanos provocados por determinadas atividades empresarias de grande porte. Paradoxalmente, segundo consta no relatório (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2016, p. 07), o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, capitaneado pelo Governo Federal, sob a alegação de progresso econômico foi qualificado como significativo adversário dos Direitos Humanos (*significant adverse human rights*).

Ainda nesse tema, o relatório expõe um detalhado estudo sobre os impactos provocados pela construção da usina hidrelétrica de Belo Monte/PA, do rompimento da barragem da Samarco no distrito de Fundão em Mariana/MG, da Copa do Mundo de 2014 (FIFA *World Cup*) e os Jogos Olímpicos de 2016. Permitindo apontar que todos estes eventos possuem em comum o fato de serem grandes empreendimentos econômicos, estatais ou empresariais, cujas externalidades negativas afetam, sobremaneira, o progresso na proteção aos Direitos Humanos.

Diante desse cenário desafiador, repise-se a ressifignicação da função social da empresa pela via da efetividade dos Direitos Humanos. Novamente, segundo ressalta Tepedino (2016), deve-se colocar a esfera de incidência dos Direitos Humanos como valores hierarquicamente superiores, cujos interesses extracontratuais da propriedade apresenta aspectos funcional (condição de legitimidade de benefício econômico) e estrutural (propriedade como garantia).

Vislumbra-se ao longo prazo a superação do modelo de capital globalizado destrutivo da função humanizadora, das relações sociais e econômicas, dos Direitos Humanos etc. Fala-se, pois, na contribuição do princípio da função social da empresa,

¹⁸ No original: “15. The Cooperation and Facilitation Investment Agreements signed by Brazil in 2015 contain corporate social responsibility clauses calling on foreign investors to respect human rights and environmental laws in the host country.”

que orientado pelo pensamento crítico, deve se reinventar sendo capaz de transladar incógnitas em soluções plausíveis. Em verdade, combinar formas de cidadania individuais e coletivas, éticas e jurídicas para firmar, tal qual assevera Faria (1997, p. 51), que a “[...] universalização e efetivação dos direitos humanos significa, em tal perspectiva, implementar e executar programas emancipatórios no âmbito desses espaços não-estatais.”

Por fim, nas notas conclusivas Tepedino (2009, p. 43), posiciona-se que a “[...] a atividade econômica privada, pode favorecer a uma conspícua violação à dignidade da pessoa humana, reclamando, por isso mesmo, o controle social com fundamento nos valores constitucionais.”, que por sua vez devem estar alinhados com os sistemas de proteção dos Direitos Humanos no âmbito internacional. Em resumo, equivale a dizer que o principal desafio na atualidade é refletir, de forma propositiva, sobre a integração entre as ordens social e econômica.

Considerações finais

À guisa de considerações finais é possível reafirmar que a contrapartida social da atividade empresarial, pela via da função social da empresa, é relevante para a concretização dos Direitos Humanos. Superando a mera criação de emprego e recolhimento de tributos como seus reflexos positivos diretos, passa a exercer outros papéis. Daí a necessidade de ressignificação apontada no título do presente artigo.

Realizada a análise da perspectiva contemporânea da função social da empresa, propondo a superação dos interesses público e privado, viu-se também que a dinamização e a hipercomplexidade das relações sociais contribuem para a ocorrência destes fenômenos.

Deste modo, restou demonstrado que novos tempos exigem igualmente novos paradigmas. Nesse sentido, a possível solução que se apresenta ao problema da efetivação dos Direitos Humanos perpassa pelo diálogo entre as fontes do Direito e destas com Estado e com a iniciativa privada. Emergindo um cenário apto ao florescimento de novas práticas de mercado éticas voltadas não apenas para o lucro, mas também para os interesses fundamentais da coletividade.

Por fim, o diálogo das fontes se apresenta como uma possível tendência para a construção da superação de um pensamento dogmático no qual o Direito aferra-se à vetustos paradigmas. E, os problemas atuais noticiam a necessidade de construção de novas perspectivas. Em suma, fala-se na globalização dos Direitos Humanos.

Referências

ALELUIA, Thais Mendonça. **Direito do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2014. (Sinopses para concursos).

- ASSUNÇÃO, Larissa Aguiar de. Mulheres, lésbicas, gays, bissexuais e transexuais: mão de obra para o telemarketing. In: NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante de; RAMOS, Marcelo Maciel. (Org.). **As várias faces da sujeição humana: desigualdade, trabalho e interseccionalidades de gênero e sexualidade: anais do II Congresso de Diversidade Sexual e de Gênero**, ed. internacional. Belo Horizonte: Initia Via, 2017. p. 160-168.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências (sic) humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário oficial da União, Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 06 abr. 2017.
- BRASIL. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm>. Acesso em: 09 set. 2015.
- BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 09 set. 2015.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969, edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, **Diário Oficial da União**. Brasília: 20 outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 06 abr. 2017.
- BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. In: CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. (Colab.). **Vade mecum**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.405-1.452.

- CANARIS, Claus Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1.
- FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. **Estudos avançados**, n. 11 (30), 1997, p. 43-53.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **RIFP** n. 17 (2001), pp. 31-45. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. In: **Argumentum**. Revista de Direito da Universidade de Marília. v. 4. Marília: UNIMAR, 2004.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Funcionalização do direito privado e função social. In: FERREIRA, Borges Nasser. RIBEIRO, Maria de Fátima. (Org.) **Direito empresarial contemporâneo**. São Paulo: Arte & Ciência, 2007.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2005. Vol. 1. (Pensamento humano n. 16).
- HALL, Stuart. Pensando a Diáspora (Reflexões sobre a terra no exterior). In: **Da diáspora**: identidades e mediações culturais. SOVIK, Liv. (Org.); Tradução de Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, O Metodología para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian. (Ed.). **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. pp. 41-68. (Estructuras y procesos).
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MENDONÇA, João Josué Walmor de. A função social da empresa vs a função social da propriedade – esgotamento e satisfação do direito de propriedade na atuação do empresário? **Nucleus**, v.6, n.1, abr. 2009. p. 137-158. Disponível em: <<http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/159/258>>. Acesso em: 11 jul. 2017.

- MORAES, Fabiano Lopes de; PERES, Fernando. Empresa: a dicotomia entre a ética e o lucro na garantia dos direitos fundamentais. In: BELLINETTI, Luiz Fernando; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; VEDOVATO, Luis Renato. (Coord.). **Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais I** [Recurso eletrônico] CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF (Org.). Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 121-138.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Aproximación al derecho administrativo constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PRADO, Martha Asunción Enríques; SILVA, Aldimar Alves V. A “onda” função social da empresa e sua imbricação com o direito fundamental à segurança jurídica no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 10, p. 25-38, 2006. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/3937/3534>>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- ROCHA, Guilherme Aparecido da; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A publicidade na dinâmica da pós-modernidade e seu impacto na função solidária da empresa. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.), **Revista de Direito do Consumidor**, ano 26, 110 mar./abr. 2017, p. 281-307.
- ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. (Sinopses para concursos).
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. Human rights in private law: the Brazilian experience. In: TRSTENJAK, Verica; WEINGERL, Petra. (Editors). **The influence of human rights and basic rights in private law**. [Electronic recourse] Switzerland: Springer, 2016, pp. 115-142. (Ius Comparatum - Global studies in law corporative).
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III.
- UNITED NATIONS (Human Rights Council). Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Brazil, 12 May 2016, A/HRC/32/45/Add. 1, Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/576155b64.html>>. Acesso em 24 mar. 2017.
- ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana**. 2006. 241f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Marília, Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 2006. Disponível em:

<<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017

LA RELACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN PORTUGAL

Fábio da Silva Veiga¹

Universidad de Alcalá de Henares

Sumario: Introducción; Desarrollo; Conclusiones; Bibliografía

Introducción

El texto que se expone a continuación es una síntesis de la presentación de la tesis doctoral² del autor leída en el día 12 de junio de 2017 en el Salón de Actos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo de la Universidad de Vigo, ante el tribunal compuesto por los profesores: Anxo Tato Plaza (Universidad de Vigo), María de las Angustias Díaz Gómez (Universidad de León) y Rocío Quintans Eiras (Universidad de la Coruña). El director de la tesis fue el Profesor Doctor Pablo Fernández Carballo-Calero, Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo.

Tras la apreciación y juzgamiento del Tribunal, la tesis fue clasificada con la puntuación máxima: sobresaliente “*cum laude*”.

Desarrollo

En la delimitación de los objetivos de estudio de la presente tesis, se partió de las siguientes cuestiones fundamentales: (i) ¿cuáles son los límites de la legítima actuación de los administradores de las sociedades de capital y su influencia o no en el resultado de la insolvencia o del concurso? (ii) ¿Cuáles son las normas que se aplican cuando existan hechos que eventualmente pueden concurrir a la interpretación en el ámbito de las normas del derecho de las sociedades y en el derecho concursal?

Dentro de este cuadro, han sobresalido una serie de cuestiones, tales como: la función de los administradores en los órganos sociales; el poder-deber de administración (vinculado al poder de decisión); así como otras cuestiones de orden societaria, como el deber de disolución en lo supuesto del capital social encontrarse bajo el mínimo legal y

¹ Profesor de Derecho Mercantil en el Máster en Abogacía de la Universidad Europea de Madrid. Doctor en Derecho Mercantil por la Universidad de Vigo. Realizó estancia de investigación doctoral en la Facultad de Derecho de la *Universidade do Porto* y Máster en Derecho Mercantil en la *Universidade do Minho*. Es becario del Programa de Doctorado en el Exterior de la Fundación CAPES de Brasil, actuando en la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid. E-mail: fabio.da@edu.uah.es

² El título original de la tesis es: “A responsabilidade dos administradores de sociedades em Portugal: a relação de coexistência entre a responsabilidade societária e a responsabilidade na insolvência”. Acceso abierto no repositório da Universidade de Vigo: http://www.investigao.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/747/A_responsabilidade_dos_administradores.pdf?sequence=1

la interferencia de éste con el deber de presentación al concurso y las consecuencias resultantes de este estado jurídico.

Para responder a estas cuestiones, empezamos se procede a su adecuado encuadramiento jurídico-histórico. A través de la investigación de documentos elaborados a partir del siglo XIX, fue posible percibir los orígenes de los elementos de la responsabilidad de los administradores de las sociedades en Portugal, desde el Código Ferreira Borges de 1833.

En este particular, en el CAPÍTULO I, se observará que a partir del siglo XIX, expresamente por inspiración de los ordenamientos mercantiles de Europa central, el sistema portugués de derecho mercantil inició un profundo proceso de evolución normativa, especialmente en lo que refiere en materia de la relación capital-propiedad. En una primera fase, que transcurrió entre 1833 y 1969, el régimen de responsabilidad de los administradores fue construido, prioritariamente, con fundamento en la libertad contractual, en el ámbito de la cual la apreciación de los deberes y de las obligaciones emergidas del contrato de mandato marcaban las conductas de los administradores. Había, evidentemente, por una banda, amplia libertad de actuación y, por otra banda, el sistema denotaba la presencia de un diminuto grado de responsabilidad de los administradores. Se trataba de una consecuencia del contexto histórico de la post-revolución industrial, y, además, del resultado de la influencia del movimiento del derecho privado esparcido un poco por toda Europa, el cual era un efecto de la inspiración promovida por el *Code de Commerce* napoleónico, que tenía subyacente una coyuntura normativa de libertad de la empresa.

Con la llegada del siglo XX, en su principio, Portugal fue uno de los primeros países, después de Alemania, en instaurar el régimen de las sociedades de responsabilidad limitada, con la elaboración de la denominada Ley de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, de 11 de abril de 1901. Pero esta Ley remitía el régimen de la responsabilidad de los gestores para la regulación de la responsabilidad de los administradores, prevista en la Ley de Sociedades Anónimas de 1867, la cual mantenía como fundamento teórico el régimen de la responsabilidad del contrato de mandato.

En 1969 se instauró en Portugal el marco jurídico que describe el perfil del administrador y la responsabilidad de los administradores en cánones legales. Regulado por el DL 49.381/69, de 15 de noviembre, la responsabilidad pasa a convocar el principio de la diligencia del empresario ordenado, de inspiración alemana de la *AktG* de 1965 (§93), en el cual la doctrina, en principio, lo vinculó al criterio civilista del deber de diligencia según el *bonus pater familias* consagrado en el art. 487.º del Código Civil. En esa nueva fase, se hizo notoria la transición ocurrida en la ley, en la cual se evidencia la pretensión de regular los marcos jurídicos de la responsabilidad de los administradores, aunque no se disminuyó el carácter liberal de la contratación y los deberes astringidos a los administradores. De este modo, se establecieron los criterios legales de la diligencia en el campo comportamental. Tal circunstancia se debe a la evolución de la empresa durante el siglo XX, con la aceleración de las relaciones negociales y el desarrollo de los

mercados y de los negocios, lo que, en consecuencia, trae la necesidad de establecer un marco regulatorio general a fin de garantizar la protección de las partes envueltas en las relaciones mercantiles.

Con el movimiento de reforma de los Códigos mercantiles europeos, y ya bajo el panorama de la Comunidad Económica Europea (CEE), se lanzó una nueva incursión de reforma en materia de la responsabilidad de los administradores. En 1986, se inaugura el Código de Sociedades Comerciales (CSC), instituido por el DL n.º 262/86 de 2 de septiembre, donde se mantuvo la disciplina de la responsabilidad de la administración con pequeñas alteraciones del régimen de 1969. Se incrementó a la diligencia del empresario ordenado los elementos del interés de la sociedad –doctrina del interés social– y la actuación de los administradores según el interés de los socios y trabajadores (art. 64.º).

En el año de 2006 el CSC fue reformado, especialmente, en lo tocante a los presupuestos de la responsabilidad de los administradores (los deberes fundamentales), y hubo una expansión en los elementos (abstractos) del deber de diligencia, con el claro objetivo de concretizar conductas. Así, con base en el art. 64.º, del CSC, se establecieron elementos como el deber de cuidado –propiamente el deber de diligencia– pero con una nueva nomenclatura–, identificando elementos como la calificación técnica y el conocimiento de la actividad de la sociedad, ligado al histórico criterio del ordenado empresario. De igual manera, se incorporan los elementos relativos al deber de lealtad y preceptos del *corporate governance* anglosajón.

Del análisis, se notará que la reforma de 2006 ha contemplado nuevas interpretaciones jurisprudenciales – también influenciadas por el movimiento europeo –, que comienzan a apreciar el deber de diligencia del ordenado empresario más allá del criterio del hombre medio – el *bonus pater familias*. Los elementos de la capacidad técnica y del dominio de la información pasaron a ser considerados como un adicional de responsabilidad en el ejercicio de la función y, por esa razón, la jurisprudencia portuguesa inicia una nueva fase de interpretación de la conducta de los administradores, ahora conectada como estándar del administrador con capacidades técnicas, por encima de la exigencia de un hombre común, pasando a abandonar gradualmente el *bonus pater familias* en el ámbito de la responsabilidad societaria. Tanto es así, que la propia norma pasó a ampliar la consideración a la diligencia profesional extensible a los titulares de órganos sociales con funciones de fiscalización (n. 2 del art. 64.º).

Con la evolución jurídico-normativa del estándar de diligencia del administrador, se ha racionalizado, en el mismo sentido, la sistemática de aplicación del deber de conducta de los administradores.

En el CAPÍTULO II, se analizará, que es sobre esta base la que se asienta el tratamiento del ordenamiento jurídico cuanto a los deberes fundamentales de los administradores, con particular énfasis en el desarrollo normativo y jurisprudencial, del

deber de diligencia, o, en el deber de cuidado y deber de lealtad, ambos vinculados a la protección del interés de la sociedad comercial.

De los deberes insertados en el contexto del derecho de sociedades – cuya matriz es diseñada para atender a la organización empresarial –, hay circunstancias que se conectan con otras vertientes del «derecho de la empresa», expresamente, el derecho concursal, justamente cuando la ley evalúa el perfil del buen administrador y, en consecuencia, de la mala gestión, también lo hace en el ámbito del derecho concursal. En ese sentido, las conductas no diligentes e inapropiadas de la estructura societaria, como el incumplimiento del deber de disolución, en caso de que el capital social esté por debajo del mínimo legal (art. 35.º CSC), pueden llevar a la obligación del pedido de la declaración del concurso (art. 186.º CIRE). Eso se refleja aún, en la caracterización de conductas, en la violación de deberes fundamentales de los administradores – en el estándar abstracto y general (art. 64.º CSC) – que pueden conducir a la responsabilidad, conectándose a los requisitos subjetivos de la responsabilidad, por violación de la protección del patrimonio social, de los acreedores, de los socios y de terceros (arts. 72.º y ss. del CSC).

El CAPÍTULO III será dedicado especialmente al análisis pormenorizado de la responsabilidad de los administradores en el ámbito del derecho de las sociedades. En ese sentido, se han considerado los presupuestos de la responsabilidad bajo el prisma de la responsabilidad de los administradores para con la sociedad, socios, acreedores sociales y terceros. La condicionante del riesgo empresarial fue examinada como un factor de acuidad interpretativa, visando, en ciertos casos, la exclusión de la responsabilidad de los administradores en conformidad con las reglas de la *business judgement rule*, objeto de consagración en el CSC.

Por fin, en el CAPÍTULO IV, se analizarán el enfrentamiento entre los sistemas de responsabilidad societarios y el régimen jurídico del concurso, la integración interpretativa de los sistemas de responsabilidad de los administradores, la distribución de cualificaciones en los órganos sociales en casos de concurso y disolución. En ese sentido, se verificó la importancia del régimen de la responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad en situación de pérdida grave del capital social (y el problema del propio capital social en cuanto instrumento de garantía), analizándose las premisas del derecho germánico – que ha influenciado el régimen jurídico portugués – con las premisas del derecho francés, comparándose las dos vías de aplicación con las soluciones del régimen del derecho concursal consagrado en el CIRE y en las normas de derecho comparado.

Por lo que se refiere al concurso de acreedores, se examinó la responsabilidad de los administradores por los supuestos del concurso culpable y sus presunciones *jure et de iure* y *juris tantum*, que ponderan los niveles de culpabilidad, conectándolas, en algunos casos, con los supuestos de la responsabilidad societaria, al punto de que los marcos jurídicos se coadunan para la protección de los intervinientes en el tráfico jurídico.

Por fin, en el estudio sobre la responsabilidad de los administradores en el ámbito concursal, se evaluó la jurisprudencia española más relevante sobre el tema, hecho que subrayamos las decisiones que pasaron a dar respuestas a los problemas de la vinculación de la responsabilidad por el concurso culpable. De ese modo, ante la ausencia de desarrollo legal y/o interpretativo de la relación de dependencia entre la responsabilidad de los administradores en el ámbito del derecho de las sociedades y en el derecho concursal, es preciso algunos criterios orientadores de la coexistencia entre las respectivas reglas de responsabilidad, para que así, si haya una adecuada delimitación de la responsabilidad en las situaciones concurrencia de normas. Este es el intento del trabajo a continuación.

Conclusiones

A partir de ello, llegamos a las siguientes conclusiones:

La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales constituye uno de los temas de mayor relevancia la práctica jurídica, en tanto en cuanto su exigencia se realiza en el ámbito del derecho societario como en el ámbito del derecho concursal. Cuando se produce la coexistencia de ambas responsabilidades, es necesario coordinar su aplicación para entender los diferentes intereses en cuestión, sean de naturaleza social, o relativos a los socios, a los terceros o a los acreedores.

Sin embargo, del estudio realizado, colocamos algunas cuestiones que pueden servir de base para la comprensión articulada del régimen de la responsabilidad de los administradores. Con eso, fue posible entender la evolución del perfil del administrador diligente, marcado por la transición del modelo de la responsabilidad pautado en el contrato de mandato, – donde los derechos y obligaciones se plasmaban a partir del acuerdo entre el mandante (sociedad) y el mandatario (administrador) – para el modelo de regulación legal, con vista a una determinación jurídico-normativa abstracta.

Hasta la transición para el modelo de raíz legal, el perfil de «administrador diligente» se pautaba por el criterio civilista del *bonus pater familias*, es decir, con base en la gestión de negocios realizada por el hombre medio. Con efecto, la influencia de la *AktG* germana, de 1965, consagró el estándar legal del «ordenado empresario» en el derecho portugués, lo que correspondió a la primera regulación con objetivo a la especialización en materia de gestión empresarial. Se nota que, de esa forma, la intención del legislador pasaba por instituir un modelo legal de «buena administración». Tal innovación legislativa tuvo reflejos en las actualizaciones normativas que se siguieron y en la jurisprudencia, lo que implicó la [re]apreciación del modelo del administrador según el *bonus pater familias*, por otro modelo fundado en la apreciación del profesional con base en correctas y determinadas capacidades técnicas, relativas a la actividad de gestor. En este sentido, los mecanismos de evaluación del grado de responsabilidad fueron siendo adecuados al modelo de administrador con determinadas habilidades

técnicas. Como consecuencia, la culpabilidad por la mala gestión fue reorientada y modulada.

De esa manera, se comprende la reforma de 2006 del CSC, que tuvo como elemento clave, la «diligencia», repercutida en el texto legal por vía de la consagración del elemento en lo que dice respecto a la cualificación técnica (art.º 64.º. CSC), el cual vino a conferir la responsabilidad de los administradores según las calidades exigibles para el desempeño del cargo.

De igual manera, fue verificado que el sistema jurídico-normativo societario, en determinadas situaciones, considera el riesgo de la actividad empresarial para fines de la apreciación de la culpabilidad. En ese plan, el daño ocasionado por una decisión empresarial no es tenido como presupuesto-base del acaecimiento de la responsabilidad. Si es verdad que el daño es la regla en el derecho privado, ya en el ámbito del círculo de las relaciones empresariales, donde las tomas de decisiones son basadas generalmente en el riesgo de las relaciones económico-financieras, es manifiestamente aceptable un margen de protección de la discrecionalidad, que salvaguarde el principio de la libertad empresarial, de modo a garantizar el adecuado tráfico mercantil. Por lo tanto, existe una evidente excepción en la ley.

Por otro lado, llevándose en consideración la falta de patrimonio social para resarcir el daño a los intervinientes en las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto en el derecho de las sociedades como en el derecho concursal, adquirió relevancia, el análisis del comportamiento de los administradores no diligentes a fin de cotejar la relación de estos en la concretización de las respectivas responsabilidades.

Así, el comportamiento se expresa a través de una conducta, dependiente de hecho ilícito y de culpa, cuya acción integra la violación de los deberes fundamentales de los administradores. Esa conducta está actualmente consagrada en la figura del ordenado empresario del artículo 64.º del CSC. En esa línea, el artículo 64.º tiene la función, entre otras, de ser utilizado como norma autónoma de consagración de la ilicitud, una vez que los deberes legales ahí contenidos son deberes emanados de las relaciones obligacionales y de la ley. La exigencia en cuanto a su obediencia no es sólo abstracta o censurable, pero sí un deber que determina la concretización de la conducta del administrador (actuar en conformidad al deber de cuidado, deber lealtad, deber de información, etc.). Independientemente de su autonomía, en el ámbito societario, para fines de responsabilidad, este dispositivo puede ser conectado con otras normas de responsabilidad, bajo el fundamento de la interpretación sistemática.

Entendemos que los presupuestos fundamentales del derecho de las sociedades, en lo que se concierne a la responsabilidad de los administradores, son referentes a la protección de los intereses societarios, en primer grado, y, subsidiariamente, a la protección de los intereses de los socios, de los acreedores y de los terceros. Ya en el campo del derecho concursal, los presupuestos de la responsabilidad visan, en primer grado, a los intereses del crédito, o sea, la tutela del derecho de crédito. En este campo, existen divergencias cuanto a la finalidad de las normas jurídicas, especialmente en lo

que concierne a su momento de aplicación. Mientras las normas de protección societaria son orientadas para la organización de la sociedad y para la protección del interés social, las normas de tutela del crédito son orientadas para la liquidación del patrimonio social, en un momento en que la sociedad ya se encuentra en debilidad financiera. De aquí resulta la existencia casi exclusiva de satisfacción de los acreedores, aunque existan instrumentos de protección de la continuidad de la sociedad comercial en el ámbito de la crisis concursal.

Comprendemos que, en lo que se refiere al estándar normativo de la conducta de los administradores, en el campo del derecho de sociedades, en consonancia con el derecho concursal, ambos pueden tener, en muchos aspectos, la misma fuente normativa, por consecuencia estructural del sistema jurídico-empresarial. El hecho de existir una estructura organizativa en las sociedades comerciales y, bien así, con fundamento en sus reglas generales y específicas – de la cual resultan los deberes y las obligaciones de los administradores, así como los presupuestos de la ilicitud y de la culpabilidad por la violación de las mismas reglas – sería posible establecer la conexión con los principios fundamentales de los administradores en todo el sistema jurídico-empresarial, independientemente de las circunstancias económico-financieras de la sociedad.

Las normas societarias protegen diversos intereses (sociedad, socios, acreedores y terceros) en un momento en que la sociedad se encuentra, mínimamente, en estabilidad organizativa y financiera. Pero, cuando la sociedad pasa a sufrir de inestabilidad económica y financiera, el propio sistema jurídico-societario posibilita la disolución de la sociedad por vía de la opción legal de adecuación del capital social o del cierre de las actividades, las cuales dependen de la expresa voluntad de los socios. En este sentido, la decisión empresarial que permite la permanencia de las operaciones financieras de la sociedad por debajo del capital o del patrimonio social mínimo (art. 35.º CSC) coloca sus administradores en una situación equiparable al deber de solicitar el concurso (art. 18.ª CIRE), pues la permanencia de esta situación ubica en riesgo la protección de los derechos de los acreedores sociales. En este sentido, los criterios para la disolución de la sociedad exigen una conducta específica de los administradores, en conformidad con el «deber de diligencia» de los mismos.

En el círculo intuitivo de la responsabilidad concursal, el modelo del administrador diligente no si pauta en un estándar abstracto y vinculante, como ocurre en la responsabilidad societaria. Pues en el derecho concursal las normas sobre la diligencia de los administradores son de carácter negativo, o sea, son acciones negativas de naturaleza descriptiva, que no condicionan una conducta afirmativa, pero que por el contrario describen conductas *prohibitivas*. Por ello, para fines de subsunción de la administración diligente, entendemos como justificable la conexión del estándar de conducta del administrador diligente del CSC con el modelo negativo de conducta contenido en el CIRE.

Es importante subrayar nuestra posición cuanto al impacto de la reforma de 2006 del CSC, en el que se refiere a la (re)dimensión de los deberes de los administradores, que vino a ofrecer una mayor especificidad a las actuaciones en el ámbito del órgano de administración. Pero, observamos que la norma del deber de disolución contenida en el art. 35.º del CSC no sufrió cualquier alteración en el dominio de esta reforma, siendo que desde la publicación del CSC (1986) la respectiva regla disolutoria fue delineada con el objetivo de transferir la responsabilidad (o el deber) de disolución de la sociedad para la decisión de los socios. Esa disposición legal va en sentido contrario al deber de declaración del concurso de una sociedad que se presente en crisis económico-financiera, según las reglas consagradas en el CIRE, pues, en este diploma legal, hay un deber de «reacción» a la crisis concursal o de preconcursal – hecho que no ocurre en el art. 35.º del CSC. Sistemáticamente, no nos parece coherente que el art. 35.º del CSC nos conduzca a la mejor interpretación del art. 64.º del CSC. En especial, porque esta última disposición legal es precisamente aquella que dice respecto al deber de diligencia, en el cual los administradores deben atender *“a los intereses de largo plazo de los socios y ponderando los intereses de otros sujetos relevantes para la sustentabilidad de la sociedad, tales como (...) los acreedores”*. En este dispositivo, los intereses de los acreedores son considerados para efectos del deber de diligencia y, en concurrencia con el art. 35.º del CSC, *ex vi* art. 3.º, 18.º y 186.º del CIRE, por lo que se exige una actuación más diligente del administrador cuando del conocimiento de la crisis financiera de la sociedad y del riesgo que la misma representa para los acreedores sociales.

La responsabilidad de los administradores en el ámbito concursal fue analizada conforme las reglas del régimen de la calificación del concurso, como consecuencia del «concurso culpable», siendo que, del resultado de la calificación podrá subsistir la responsabilidad personal de los sujetos afectados por la misma, los cuales, de algún modo, contribuyeron para el estado de insolvencia de la sociedad y para los eventuales daños causados a los acreedores.

En una comparación entre los regímenes de responsabilidad en el concurso, se analizó el extinto CPEREF en enfrentamiento con el CIRE. En el revocado diploma había una correcta objetivación de los hechos previsibles del concurso, en el sentido de que se avistaba varios criterios objetivos de actuación en el ámbito del concurso (suspensión de pagos), las cuales podrían ser llevados a cabo por los administradores. Se sumaba a esto, el criterio de la contribución significativa para la insolvencia. En el actual diploma, es utilizado un instrumento específico para constatar la ilicitud y la culpa: el incidente de calificación del concurso (arts. 185.º ss., CIRE). Pero, el CIRE debe, obligatoriamente, recurrir a otros diplomas para apreciar la responsabilidad, como el CSC y el CC. En nuestra opinión, el actual modelo de apreciación de la responsabilidad ofrece algunos recursos para verificar los criterios concretos de la responsabilidad y, en consecuencia, se muestra más abierto a las normas especiales, al contrario del que sucedía en el extinto CPEREF.

Examinamos que, además de la «calificación del concurso» como culpable (art. 189.º, n.º 2, CIRE), la concretización de la responsabilidad personal de los

administradores dependerá, aún, del nexo de causalidad entre el concurso culpable y la conducta ilícita y culpable – dolo y culpa grave (art. 186.º). No bastaría simplemente la subsunción de la calificación del concurso a los afectados por el factor de las presunciones (*jure et de iure o juris tantum*), pero que exista la prueba del daño y el nexo de causalidad de esta al agente. Presupone, por lo tanto, la existencia de los requisitos de la responsabilidad por daños y no a penas las condiciones de la responsabilidad sancionatoria (deudas y aplicación de la sanción). En este aspecto, concordamos con la interpretación de la jurisprudencia española, que de modo variado ha enfrentado estos temas. Después de largo debate, ha afirmado la posición de que en la responsabilidad personal de los administradores se aplica la regla indemnizatoria (responsabilidad civil), en virtud de la necesidad de una justificación adicional al afectado por la calificación del concurso en la forma culpable.

Bibliografía

Véase tesis completa en:

http://www.investigo.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/747/A_responsabilidad_dos_administradores.pdf?sequence=1

IMPRESSÃO 3D E DIREITO DE AUTOR

3D PRINTING AND COPYRIGHT

Maria Victoria Rocha¹

Universidade Católica Portuguesa

Sumário: 1. Noções gerais sobre impressão 3D; 2. Impressão 3D e Obra protegida pelo Direito de Autor; 3. Violações dos direitos morais e patrimoniais na impressão 3D; 4. Medidas para atenuar a violação dos direitos de autor; 5. Utilizações livres; 6. O estado da arte: tecnologias 3D e o movimento dos makers; 7. Conclusões; Referências.

1. Noções gerais sobre impressão 3D

A impressão 3D consiste numa denominação global que inclui as diversas técnicas de fabricação aditiva. Não faltará muito tempo até ser possível fabricarmos em nossas casas quase tudo, o que significa numa nova era de fabricação e consumo fundada no *make it yourself*, no consumidor-fabricante, *prosumer*.² Este é mais um contributo para a constatação de que já se iniciou a 4ª revolução industrial³. A impressão 3D permite aos fabricantes a produção de objectos a pedido e próximo dos locais de distribuição ou consumo, diminuindo ou suprimindo os custos de transporte e armazenamento. A tecnologia permite que os consumidores disponham de imediato dos objectos impressos, que podem ser personalizados, incluindo a obtenção de peças de substituição, se estão esgotadas as peças de origem. Com a evolução, serão cada vez mais os consumidores a realizar as peças que desejam. A impressão tridimensional constitui uma realidade há

¹ Docente da Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, e membro do Católica Research Centre for the Future of Law - Centro de Estudos e Investigação em Direito (CEID). E-mail: virocha@porto.ucp.pt e victoriarocha@netcabo.pt. A autora optou por não escrever ao abrigo do novo acordo ortográfico.

² Cf., entre outros, M^a Teresa Carrancho Herrero, “El concepto de obra plástica y la impresión en 3D”, Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor, Isabel Espin Alba (coord.), Colección de Propiedad Intelectual, C. Rogel Vide, (Dir.), Fundación Aisge, Reus, Aseda, Madrid (2014), pp. 43-45; Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, “A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual (1ª parte)”, Propriedades Intelectuais, 3 (2015), pp. 40-55, em especial p. 40 ss; Maria Charlotte Haffner, 3D im Urheberrecht, Eine urheberrechtliche Analyse ausgewählter Verfahren zur Bilderzeugung und -bearbeitung, zur Objectvermessung und -replication, M. Grünberger, N. Klasse (Herausg.), UFITA, 278, NOMOS, BADEN-BADEN, 2016, pp. 21- 26; Ana Ramalho, “Impressão 3D, Direito de Autor e outros Direitos de Propriedade Intelectual (3D Printing, Copyright, and other Intellectual Property Rights)”, Revista de Direito Intelectual, II (2015), pp. 21-38, em especial, pp. 21-23, que também se pode consultar (embora em draft) em SSRN <https://ssrn.com/abstract=2723981>, (último acesso em 07.03.2017); M. Rimmen, “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing”, The University of Western Australia Law Review, 41 (2), 2017, pp. 51-81, em especial pp. 51-22; A. Schmoll, J. Graf Balleström, J. Hellebrand, M. Soppe, “Dreidimensionales Drucken und die vier Dimensionen des Immaterialgüterrecht” GRUR, 11 (2015), pp. 1041-1044, em especial pp. 1041-1042; Clara Viguié, “La démocratisation des Imprimantes 3D et le Droit D’Auteur”, RIDA (Outubro, 2014), pp.47-173, em especial, pp.47-59.

³ https://pt.wikipedia.org/wiki/Industria_4.0 (último acesso em 07.03.2017).

décadas, embora esteja hoje em plena expansão⁴. A técnica, que existe há mais de 30 anos⁵, é “proteiforme e evolutiva.”⁶ O que é comum na tecnologia 3D é que o seu funcionamento pode ser descrito em duas etapas. Na primeira fase desenha-se a figura que se pretende num computador com um *software* de desenho/modelação 3D, criando-se um arquivo/ficheiro que, numa segunda fase, se carrega na máquina de impressão 3D. O desenho/modelo assistido por computador, vulgarmente denominado de ficheiro CAD (*Computer Aided Design*) ou, mais modernamente, em especial na área da arquitectura e construção, BIM (*Building Information Modeling* ou *Building Information Model*)⁷

⁴ Em pormenor, consulte-se o WOHLERS REPORT 2016, 3D Printing and Additive Manufacturing State of the Industry, Annual World Wide Progress Report, Wohlerassociates, que pode ser adquirido em <https://wohlersassociates.com/2016contents.htm>, (último acesso em 07.03.2017). TRAN, J., “The Law and 3D Printing”, The John Marshall Journal of Information Technology and Privacy Law, 31, 4, 2015, p.508 ss; HEGAB, A Hussien, “Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review”, Manufacturing Review, 3, 11 (2016), pp. 1-17, também disponível em formato .pdf e em open access em <http://mfr.edp-open.org/> (último acesso, 17.03.2017); Eleni Gkartzou, E. P. Koumoulos, A. Costas Charitidis, “Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament”, Manufacturing Review., 4, 1 (2017), pp. 1-14, também disponível em .pdf e em open access, em <http://mfr.edp-open.org/> (último acesso, 17.03.2017).

⁵ A técnica existe há mais de 30 anos. Sob o nome de “estereolitografia”, o Engenheiro Charles Hull desenvolveu pela primeira vez a técnica precursora da impressão 3D. Patenteou nos EUA em 1984 um sistema de fabricação por camadas sucessivas mediante a utilização de um material sensível ao raios ultravioletas e, em 1988, fez surgir a primeira impressora 3D, a SLA.250. A impressora usava a técnica da fotopolimerização, traduzida na solidificação de uma substância sintética pela luz. Como a tecnologia está em evolução constante, foram patenteados muitos outros processos de fabricação aditiva. A FDM (Fusion Deposition Model) permite a deposição de material liquefeito, por camadas. A técnica abrange apenas materiais em plástico. Cf. Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit., p.41, e https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D (último acesso em 07.03.2017).

A EBM (Electronic Beam Melting) permite a impressão de peças em metal. O pó de metal ou fio de metal é fundido usando um feixe de electrões como fonte de calor. As ligas de titânio são amplamente utilizadas com esta tecnologia o que a torna uma escolha adequada para o mercado de implantes médicos, indústria aeronáutica e aeroespacial e outras aplicações mecânicas altamente exigentes, nomeadamente na indústria automóvel. Cf. https://en.wikipedia.org/wiki/Electron_beam_additive_manufacturing, (último acesso em 07.03.2017).

O Processo Three Dimensional Printing -3DP (fritage laser) funciona mediante um sistema de fusão de partículas em pó. Um laser reduz os materiais a pó, o pó é desdobrado em camadas finas e colorido pelo uso de colas coloridas. É um processo muito eficaz atendendo aos critérios de qualidade, precisão e preço, usado sobretudo para protótipos e para impressão 3D a pedido (Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob. cit., p. 41). Em 2005 surge a primeira impressora a cores. Estes são apenas exemplos de algumas das muitas tecnologias que já foram patenteadas. A origem e evolução da tecnologia 3D são referidas pela generalidade dos autores até agora citados. Veja-se também https://pt.wikipedia.org/wiki/Impress%C3%A3o_3D (último acesso em 07.03.2017). O lado negro desta tecnologia tem a ver com a possibilidade de se imprimirem em 3D objectos como armas e outros materiais ilícitos. O “mercado negro” pode ser muito acelerado. Cf., quanto às armas, facilmente produzidas por hackers, https://en.wikipedia.org/wiki/3D_printed_firearms (último acesso em 19.04.2017), <https://3dprint.com/139537/3d-printed-guns/> (último acesso em 19.04.2017). Inclusive, é preocupante a crescente possibilidade de hacking de planos de bombas atómicas. Sobre o tema, veja-se, entre outros <https://phys.org/news/2016-12-threat-hacking-nuclear.html>, (último acesso em 19.04.2017).

⁶ Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob.cit., p.41.

⁷ Os BIM são frequentemente vistos como a nova geração de ferramentas CAD. Traduzem-se num conjunto de informações geradas e mantidas durante todo o ciclo de vida de um edifício. O BIM abrange geometria, relações espaciais, informações geográficas, as quantidades e as propriedades construtivas de componentes (por exemplo, detalhes dos fabricantes). O BIM pode ser utilizado para demonstrar todo o ciclo de vida da construção, incluindo os processos construtivos e fases de instalação. Desenvolvidamente, veja-se <https://pt.wikipedia.org/wiki/BIM> (último acesso em 15.03.2017) e https://paginas.fe.up.pt/~projfeup/bestof/12_13/files/REL_12MCo8_01.PDF (último acesso em 16.03.2017).

constitui uma verdadeira maquete digital, pronta para sair para o mundo físico. É codificado num formato, sendo o mais comum o .stl (formato *standard* de fabricação aditiva). O ficheiro CAD/BIM pode ser obtido de várias formas: pela digitalização de um objecto existente, através de um *scanner* 3D, através de *software* de modelação 3D⁸, ou num *website* de partilha de ficheiros em rede⁹. O ficheiro CAD/BIM é convertido num formato G-Code ou outro¹⁰ para a maquete digital ser impressa num objecto em três dimensões¹¹. Ao contrário da brocagem ou recorte, que implicam subtrair a matéria, a tecnologia 3D consiste numa técnica de fabricação aditiva, acrescenta matéria, tradicionalmente, camada por camada. Esta forma de produção, sem perda de matéria ou resíduos abundantes, é mais amiga do ambiente e tem menores custos frente às tradicionais fórmulas subtractivas em que sobra sempre material¹². A tecnologia 3D está cada vez mais desenvolvida e acessível ao utilizador. Permite que se fabriquem produtos de qualquer tipo, pelo que interessa a todos os sectores da indústria. Atravessa sectores tão diversos como a indústria automóvel (ex.: protótipos, moldes, peças), aeronáutica (ex.: peças de avião, propulsores para naves espaciais), alimentar (ex. chocolates¹³, pizzas, queijos), de construção imobiliária (acaba de ser construída uma casa como um todo em 24h em 3D, sem separação das partes, como era tradicional, mesmo na impressão 3D¹⁴), da moda (ex.: jóias, roupa sem cortes e costuras, como a da estilista Iris Van Herpen), da ortopedia (ex.: próteses e implantes médicos), da indústria farmacêutica, dos brinquedos, dos acessórios e peças sobressalentes, entre outras. A possibilidade que já existe da impressão biológica ou *bioprinting*, traduzida na impressão de tecidos e órgãos humanos, levanta complexos problemas éticos¹⁵.

⁸ A título de exemplo, temos programas como o 3ds max, o AutoCAD 3 D, o Blender, o Catia, o Cinema 3D, o Revit, o Solid Works, o SketchUp, o ZBrush, o Scia Engineer, o Allplan, o Revit, o Bentley Architecture, o ArchiCad, o VectorWorks, o Tekla Structures, o Cype, ou o TecnoMETAL.

⁹ Por exemplo, a Thingiverse (pertencente à Makerbot), a Sculpteo, e a SketchUp. Estes fornecedores de impressão digital em rede surgiram como *start-ups* de ajuda ao consumidor ainda não completamente familiarizado com os programas CAD. A vontade de familiarizar os consumidores com as impressoras 3D levou também ao surgimento dos *Fab Lab*, que se traduzem em oficinas abertas ao público onde se levam a cabo estes serviços e são verdadeiros locais de troca e aprendizagem e evolução tecnológica. Com detalhe, CLARA VIGUIÉ, ob. cit., pp. 51-53; https://en.wikipedia.org/wiki/Fab_lab (último acesso em 20.03.2017).

¹⁰ Veja-se o Makenware, o Slic3r, o KISSslicer, o Cura, o ReplicatorG.

¹¹ CAROLINE LE GOFFIC, e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob.cit., p.41, texto e nota 17; CLARA VIGUIÉ, ob. cit., p. 53.

¹² Veja-se, neste sentido, M^a Teresa Carrancho Herrero, ob. cit., p. 44; Caroline Le Goffic, e Aude Vivès-Albertini, ob. cit.,p. 42; M^a Teresa Carrancho Herrero, ob. cit., p. 44; Clara Viguié, ob. cit.,p.49.

¹³ Para o caso do chocolate, veja-se o interessante estudo de P. LI, S. MELLOR, J. GRIFFIN, C. WAELDE, L. HAO, R. EVERSON, "Intellectual Property and 3D Printing: A case study on 3D chocolate printing", *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 9, 4 (2014), pp. 322-332.

¹⁴ Esta notícia data de 13.03.2017.Veja-se <https://www.youtube.com/watch?v=xktwDfasPGQ>, a casa, efectuada como um bloco, foi obtida graças à tecnologia inovadora 3D usada pela Apis Cor. Cf. <http://apis-cor.com/en/>, ambos os websites com último acesso em 14.03.2017.

¹⁵ Sobre o tema, entre outros, LI, P., "3D bioprinting technologies: patents, innovation and access", *Law, Innovation and Technology*, 2014, 6, 2, pp. 282-304; Ana Ramalho, ob. cit., p. 24. Veja-se também a notícia de 16.03.2017 sobre a impressora capaz de imprimir a pele humana em 3D: <http://www.tvi24.iol.pt/tecnologia/impressora-3d/ja-existe-uma-impressora-capaz-de-fabricar-pele->

Neste artigo propomos apenas centrar-nos na impressão 3D aplicada às indústrias criativas, ou seja, no âmbito dos direitos de autor, tentando indicar soluções para algumas das questões mais prementes¹⁶.

humana, com utilidade em transplantes de pele e em testes de produtos cosmético-farmacêuticos (último acesso em 20.03.2017)

¹⁶ Como apontam A. Schmoll, J. Graf Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., p. 1041, as questões jurídicas que a tecnologia 3D levanta ainda há pouco começaram a ser tratadas pela doutrina. A análise do impacto em matéria de Propriedade Industrial terá que ficar para outra ocasião, pese embora ser fundamental nesta área.

Não obstante, permitimo-nos fazer uma nota sobre este aspecto. Em matéria de modelos ou desenhos, a protecção está muito próxima da do Direito de Autor, podendo, inclusive, haver protecções cumulativas, embora os requisitos de protecção não se confundam. Os desenhos ou modelos protegem a aparência de um produto, ou de parte do produto, desde que haja novidade (em sentido objectivo) e carácter singular. Os modelos ou desenhos, sozinhos ou conjugados com o direito de autor, têm vocação para ser protegidos nas várias hipóteses de impressão 3D, sejam objectos artesanais ou industriais. Um aspecto fundamental tem a ver com a protecção das peças de montagem (sobresselentes, de reposição de um produto complexo). Essas peças devem ser protegidas neste contexto se e na medida em que tenham características que não dependem apenas de um resultado técnico e não sejam elementos de ligação mecânica. O fabrico através da impressão 3D pode constituir contrafacção, excepto nas hipóteses em que os direitos de exclusivo não podem ser protegidos. Ao contrário do que se passa em matéria de Direito de Autor, aqui há que ter em conta que o registo é constitutivo (com excepção dos modelos e desenhos não registados protegidos na UE, por prazo não superior a 3 anos, e com uma protecção contra a cópia - copyright approach). Além disso, as excepções dos actos realizados a título privado não estão submetidas ao requisito da “fonte lícita”, como veremos ser condição em matéria de direito de autor.

Desenvolvidamente, sobre a protecção dos modelos e desenhos, L. M. Couto Gonçalves, Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal, 6º ed., 2015, p. 129 ss; L. M. Couto Gonçalves, A. Campinos, A. Robalo, Carla Albuquerque, Inês Lopes, Vieira, J. Marcelino, Maria João Ramos, M. Gusmão, T. Vilela, A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coords), Código da Propriedade Industrial Anotado, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 317-387; Maria Victória Rocha, Portugal. nº 104, International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property, VANHEES, H (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2017, pp.205-228. Sobre o cúmulo de protecções através do Direito de Autor e do Direito Industrial, Maria Victória Rocha, “Protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português”, A. Maria Tóbio Rivas / A. Fernandez-Albor Baltar, A. Tato Plaza (Eds.) Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898. Sobre os modelos e desenhos na impressão 3D, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, “A impressão 3D e os direitos da propriedade intelectual (2ª Parte)”, Propriedades Intelectuais, 4 (2015), pp. 15-25, em especial, sobre os modelos e desenhos, pp. 15-16; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1044-1045.

Quanto às patentes (ou modelos de utilidade), estão em causa, neste contexto a patenteabilidade dos processos de impressão 3D e a extensão da protecção conferida às patentes de produtos. A protecção das invenções por patentes (ou modelos de utilidade) também depende de registo, e os requisitos são a novidade (absoluta), a actividade inventiva e a aplicação industrial. Há determinadas invenções que, como é sabido, só podem ser protegidas por patentes, sendo legalmente impossível a impressão por modelos de utilidade. Desde a sua origem que as tecnologias 3D têm sido objecto de patentes, que vão caindo no domínio público ao fim dos 20 anos de protecção a contar do pedido (no caso dos modelos de utilidade, ao fim de 6 anos com duas renovações de 2 anos, ou seja, 10 anos). A caducidade permite que o uso da tecnologia caída no domínio público se faça em open source. A RepRap-Replicating Rapid Prototyper, que constitui a primeira impressora capaz de imprimir as suas próprias peças, resultou da queda no domínio público da impressão por estereolitografia, caducada em 2009. As patentes mais importantes em matéria de impressão por laser expiraram em 2014, e foi anunciada a “explosão” da impressão 3D, tal foi o entusiasmo gerado. Mas, se existe esta vantagem da democratização da tecnologia, surge ao mesmo tempo o perigo do surgimento de registos de “patentes oportunistas”. Ou seja, o risco de ver os recursos públicos novamente reapropriados, dado o entusiasmo que o mundo económico e electrónico tem neste “el dorado” potencial, pedindo o registo de múltiplas patentes para evitar a síndrome Kodak, que depois de ter sido absoluta líder no mundo da fotografia, não investiu no mundo digital, a ponto de se ter declarado insolvente em 19 de Janeiro de 2012 (cf. Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, op. cit. nesta nota, p. 17; V. P. Y. Dugua, “La lente descente aux enfers de Kodak”, Le Figaro, 4 de Janeiro de 2012). Se alguns pedidos se justificam, muitos tentam apenas aspirar a um monopólio de exploração. Para impedir os registos oportunistas, nos EUA, a EFT (Electronic Frontier Foundation) lançou um apelo público, incentivando os internautas a utilizar uma possibilidade permitida pelo direito de patentes, de assinalar a uma entidade competente - nos EUA, à USPTO -, a quem

2. Impressão 3D e Obra protegida pelo Direito de Autor

A criação de uma obra de arte pela tecnologia 3D abre uma nova dimensão à criação artística (seja ou não utilitária), porque os criadores passam a poder realizar geometrias que não são possíveis nos modelos tradicionais. Mas poderá o desenho ou modelação 3D, ou a peça impressa por este método, qualificar-se como obra de arte?

foi solicitada uma patente, a existência de anterioridades impeditivas do registo. Esta faculdade também existe entre nós, perante o INPI e perante o Instituto Europeu de Patentes, embora a sua aplicação não esteja tão facilitada como nos EUA, onde existe a plataforma Ask Patents, que visa manter o equilíbrio entre os monopólios imateriais e o domínio público.

A segunda questão que se coloca tem a ver com os requisitos de patenteabilidade em matéria de patentes. O âmbito de protecção deverá ser determinado, de acordo com o CPI, pelas reivindicações que podem ser acompanhadas por uma descrição e por desenhos, que podem ser em 3D. A descrição é um suporte necessário das reivindicações, mas os desenhos, facultativos, têm um papel complementar de esclarecer as reivindicações e as descrições, mas não podem ser seus substitutos. Ficam fora do âmbito da patente. O ficheiro CAD criado a partir do nada ou por uma forma de inteligência artificial sem intervenção humana, não poderá, em si, ser protegido por patentes. As criações artísticas e os planos estão fora de protecção pelo direito de patente. O produto ou processo patenteado e as vantagens técnicas daí recorrentes é que podem ser patenteadas.

Constitui contrafacção dos direitos do titular da patente o fabrico em 3D do objecto patenteado. Também constituem contrafacção a utilização de um processo 3D patenteado. Não importa que o contrafactor não tivesse conhecimento da patente. Ao contrário do direito de autor, não existe a excepção da coincidência fortuita de resultados. Não interessa que o processo de impressão seja diverso do processo original de fabrico, na medida em que se trate de uma patente de produto. Também não se distingue consoante o fabrico seja efectuado de uma fonte lícita ou ilícita, ao contrário do que acontece em matéria de direitos de autor. É indiferente que o produto/objecto seja obtido de um ficheiro CAD, através de um software de concepção, quer pelo utilizador, através de um scanner 3D, ou através de um ficheiro CAD cujo download se faça a partir da Internet, mesmo que o ficheiro tenha sido colocado em linha legalmente. A infracção afecta, não apenas as cópias servis, mas também as cópias semelhantes às invenções protegidas (por ex., cor ou matéria diferente, alterações nas dimensões do objecto impresso, etc.). A impressão de um objecto 3D equivalente ao patenteado também infringe os direitos do titular da patente (cf. doutrina dos equivalentes), desde que cumpra a mesma função técnica e produza o mesmo resultado industrial. O aperfeiçoamento de um produto patenteado através de uma impressora 3D é contrafacção, desde que as características essenciais da invenção sejam reproduzidas. Quanto às peças sobresselentes, que são particularmente interessantes em matéria de impressão 3D, tudo depende de saber se a peça permite uma simples reparação ou se se trata de uma reconstrução. Normalmente tratar-se-á de uma reconstrução, ainda que parcial. Mas tudo depende do âmbito da patente e, portanto, das reivindicações. Sobre as patentes e modelos de utilidade, veja-se L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial*, cit., pp. 35ss, pp. 347 e ss; A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coord.), *Código da Propriedade Industrial Anotado* cit., pp. 165-294 e pp. 294-308; Maria Victória Rocha, Portugal cit., *International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property*, H. Vanhees (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2017, pp. 111-150 e 151-160. Sobre patentes e impressão 3D, desenvolvidamente, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit. nesta nota, pp. 16-23; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1045-1047; Rosa Maria Ballardini, M. Noorgård, T. Minssen, "Enforcing Patents in the Era of 3D Printing", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, (11), (2015), pp.850-866.

As marcas também pode ser alvo de contrafacção no contexto da impressão 3D, quer sejam nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais. No caso das marcas nominativas, figurativas ou mistas, a infracção ou colocação da marca no objecto impresso, seja porque a marca já figurava no ficheiro CAD, ao mesmo tempo que foram colocados os contornos do objecto, seja porque foi aposta no objecto depois de impresso. No caso das marcas tridimensionais é a impressão do objecto 3D que reproduz ou imita a marca tridimensional (ex.: garrafa da Coca-Cola). Com ressalva das hipóteses de excepções para usos livres, as utilizações de marcas válidas neste contexto, constituirá contrafacção, no contexto do princípio da especialidade, ou rompendo com o dito princípio no caso das marcas de prestígio. Sobre as marcas, veja-se L. M. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial* cit., pp. 161 e ss.; A. Campinos, L. M. Couto Gonçalves (Coords), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, cit., pp.388-466; Maria Victória Rocha, Portugal. cit., pp.161-188. Desenvolvidamente, sobre a impressão de marcas em 3D, Caroline Le Goffic, Aude Vivès-Albertini, ob. cit. nesta nota, pp. 23-25; A. Schmoll, J. G. Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe, ob. cit., pp. 1047-1050.

O art. 1º, nº 1 CDADC¹⁷ contém uma noção unitária de obra como “criação intelectual, do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”, seguida de O uma cláusula geral com enumeração exemplificativa no art. 2º do CDADC. Estão excluídos de protecção, de acordo com o nº 2 do art. 1º, as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios e as descobertas¹⁸. A partir desta noção, podemos retirar quatro elementos que nos ajudam na concretização do conceito: há-de tratar-se de uma criação humana; esta criação deve ser uma criação do espírito; deve ter assumido uma forma de expressão, *i.e.*, teve que ser de algum modo expressa, de forma a tornar-se, directa ou indirectamente, cognoscível pelos sentidos humanos (ainda que permaneça inédita); deve ser subjectivamente imputável ao seu autor ou, dito de outro modo, a obra deve ser original¹⁹. Da obra (*corpus mysticum*) distingue-se o suporte em que a obra se manifesta (o *corpus mechanicum*), como decorre do art. 10º, nº 1²⁰.

Se a obra é uma criação, tem de ser produto de uma actividade humana. Aplicando o requisito à tecnologia 3D, a assistência do computador no processo de criação pouco importa. A questão nada tem de novo. A hipótese é análoga à da música electrónica, ou das pinturas realizadas com auxílio de *robots* (cf. bioarte). Se a composição musical é assistida por um computador como meio, desde que haja uma intervenção humana, trata-se de uma criação. Se os *robots* colocados sobre o papel circulam com as tintas com que foram cheios, funcionam como substitutos do lápis, ou pincel. E mesmo que o resultado seja aleatório, se essa álea foi desejada pelo autor, a obra continua a ser protegida²¹.

¹⁷ A partir daqui, os artigos referidos sem menção da fonte são do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC).

¹⁸ Sobre o Conceito de obra, entre nós, destacamos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito de Autor e Direitos Conexos*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 57-104; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011, A. SÁ E MELLO, *Manual de Direito de Autor*, 2ª ed., Actualizada e Ampliada, Almedina, 2016, pp.99-112; MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Contributos para a delimitação da “originalidade” como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-79. Sobre a obra no âmbito da impressão 3D, destacamos, MARIE CHARLOTTE HAFNER, *3D im Urheberrecht*, cit., p. 27-31.

¹⁹ Desenvolvidamente, veja-se o nosso “Contributos...”, cit., pp. 733-792.

²⁰ Embora a distinção origine problemas complexos no caso particular das obras de arte, sobretudo as realizadas em exemplar único, ou nas obras múltiplas de séries limitadas realizadas sob o controlo do artista plástico e por ele numeradas e assinadas (sejam litografias, serigrafias, gravuras ou esculturas), nas obras de arquitectura (em que o CDADC protege o projecto em todas as suas fases e o edifício, enquanto bem imaterial) e nas obras fotográficas digitais em que a obra se incorpora necessariamente no ficheiro. Aliás, há uma semelhança muito interessante entre a tecnologia 3D e a obra de arquitectura, que também se desenvolve numa fase bidimensional e noutra tridimensional, bem como com as obras fotográficas digitais, na medida em que a obra e o ficheiro digital se fundem.

²¹ Este aspecto é pacífico na doutrina, não especificamente a propósito das criações 3D, mas em situações análogas. A *Präsentationslehre* de Kummer e Schmieder não tiveram sucesso na generalidade das legislações e Portugal não constitui excepção. Cf. o nosso “Contributos...” cit. p. 733 ss; SÁIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y Sujeto del Derecho de Autor*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 75 ss; BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 103-104.

A originalidade, conceito de geometria variável, significa que só pode ser protegida a obra que tenha o mínimo de criatividade, no sentido de que se possa dizer que não é algo de banal²².

As questões que se colocam em matéria de impressão 3D têm que ver, desde logo, **com os requisitos de “criação humana” e “criação original”**.

Num primeiro momento há que apurar se o ficheiro (CAD/BIM) que contém o desenho/modelação deve ser protegido, porque faz parte da obra, ou deve considerar-se de forma separada. Para ANA RAMALHO, em rigor, o ficheiro é apenas um formato, como outros, por exemplo, .pdf, .jpeg, .docx, (sendo o mais comum, neste âmbito, o .stl), pelo que não é relevante para saber se a obra é protegida²³. Outros autores não fazem distinções entre o ficheiro CAD e a obra, considerando o ficheiro parte da obra, dado não ser possível separar as duas realidades²⁴.

Há que ter também em conta a hipótese de saber se a criação de um ficheiro CAD/BIM a partir da obra tridimensional pode ser obra protegida. Esta questão implica descortinar se a peça executada através da impressão 3D é susceptível de ser protegida pelo Direito de Autor. Afirma CARRANCHO HERRERA que se pode considerar obra protegida a peça que é executada. Se o desenho foi alvo de impressão 3D, a peça executada deve ser protegida, tanto em termos de direitos patrimoniais como não patrimoniais²⁵. No mesmo sentido se pronunciam A. Schmoll, J. Graf Ballestrem, J. Hellenbrand, M. Soppe,²⁶ e Clara Vigiúé²⁷.

Na nossa opinião, há que fazer algumas distinções. Uma coisa é o *software* de desenho ou modelação utilizado, que pode ou não ser protegido, entre nós, via direito sobre os programas de computador, como direito análogo aos direitos de autor, por força

²² Não se exige a “marca da personalidade do autor”, nem se basta com a “sweat of the brow”, o “skill, labor and effort”. Mas a criatividade que se exige é *de minimis*, uma vez que se protegem as “Kleine Münze”, obras em que a criatividade é mínima, mas existe, a obra ainda é imputável subjectivamente ao seu autor, porque não é banal. Consideramos ainda que não se deve distinguir entre arte pura e arte aplicada, devendo valer um conceito unitário de arte. Isto significa, entre outros aspectos, que não se exigem requisitos mais elevados de criatividade (*Gestaltungshöhe*) para a protecção das obras utilitárias. Não desconhecendo que há autores que introduzem o conceito de novidade em matéria de direito de autor, consideramos que a novidade em sentido objectivo (que em todo o caso teria que ser relativa) não deve ser requisito de protecção, uma vez que não se coaduna com um sistema de protecção independente de registos ou outras formalidades. Para haver criação impõe-se que haja espaço de jogo (*Spielraum*), ainda que mínimo. Se a forma é imposta pela função, a obra fica fora de protecção porque não há margem para qualquer tipo de criatividade. Desenvolvadamente, o nosso “Contributos...” cit., p. 733 ss.

²³ Ob. cit. pp. 27-28. Há que verificar se estamos perante uma obra susceptível de protecção, que poderá ser de desenho, pintura, escultura, arquitectura, de arte aplicada ou *design*, um projecto, esboço e obra plástica respeitante à arquitectura, para mencionarmos as hipóteses mais plausíveis (cf. art.2º, nº2, als., g e l).

²⁴ Neste sentido, M^a TERESA Carrancho HERRERO, ob. cit., p.60, autora que faz uma analogia com o que se passa em matéria de fotografia digital, em que a protecção da obra fotográfica implica a protecção do ficheiro em que a mesma se incorpora. No mesmo sentido, CAROLINE LE GOFFIC e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob. cit., p. 43, CLARA VIGIÚÉ, p. 53ss;

²⁵ Idem, ibidem.

²⁶ SCHMOLL, A., J. GRAF BALLESTREM, J. HELLENBRAND, SOPPE, M., ob. cit., p. 1042.

²⁷ Ob. cit. pp.104-116.

do DL 252/94, de 20 de Outubro. Outra coisa é o formato em que o desenho ou modelo 3D vai aparecer para poder ser lido pelo computador (.stl, .dwg, .doc, .docx, .pdf, .jpeg, ou outro); coisa diferente é o próprio ficheiro CAD/BIM e a eventual obra nele incorporada. O ficheiro CAD/BIM não implica a existência de uma obra protegida pelo Direito de Autor. Para isso é necessário que se preencham os requisitos de protecção como obra. Mas não há obra sem um ficheiro CAD/BIM concreto, que tem sempre um formato associado²⁸ e que funciona como suporte imaterial da obra e no qual a mesma está inevitavelmente fundida. O ficheiro contém a obra, esta não é separável do mesmo. Parece-nos particularmente interessante a analogia com as obras fotográficas digitalizadas^{29/30}. É essencial a protecção do arquivo ou ficheiro, porque a obra está inevitavelmente fundida neste suporte imaterial que é simples copiar³¹.

Quanto ao objecto impresso em 3D, entendemos que, se a impressão do objecto é realizada para uma peça única ou para um número limitado de peças sob o controlo do seu criador, a obra 3D impressa deve ser protegida, com a obra de arte única, tal como acontece com os múltiplos (litografias, serigrafias, gravuras) e as obras de arquitectura (protegidas na fase bidimensional e tridimensional, enquanto edifício entendido como bem imaterial) ou as obras fotográficas (em especial as obtidas através da digitalização, em que a obra se funde no suporte). A obra conserva o seu carácter artístico, seja utilitária ou não. Fundamental é que haja um controlo pelo autor ou titular de direitos de autor. Deve reafirmar-se aqui o princípio da unidade da arte. Já se a impressão 3D se faz em larga escala e sem o controlo do autor, a forma de protecção adequada parece-nos ser mediante a tutela dos modelos ou desenhos, via Propriedade Industrial (cf. arts. 173º ss CPI, Regulamento [\(CE\) n.º 6/2002](#)). Isto, sem prejuízo de poder haver um cúmulo de protecções, caso os requisitos de ambos os tipos de protecção se encontrem preenchidos³².

²⁸ Os formatos não são protegidos pelo Direito de Autor, como desenvolve VENÂNCIO, P. Dias, na sua tese de doutoramento, que tivemos o prazer de orientar, subordinada ao título *A tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Electrónico*, em especial Títulos II e III, pp. 391-480 (versão original). A obra encontra-se publicada desde 2016. Cf. VENÂNCIO, P. Dias, *A tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Electrónico*, Almedina, Coimbra, 2016.

²⁹ Aliás, a protecção do ficheiro é essencial, porque a obra se funde no suporte. Ou seja, sem ficheiro CAD/BIM, ou outro, não há materialização da obra. E isto não tem nada de novo. Como afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., p. 63 “há obras que, por natureza, estão dependentes de fixação”, como é caso da obra cinematográfica fonográfica, fotográfica, radiofónica, televisiva, videográfica e a generalidade das obras plásticas.

³⁰ Para usarmos exemplos que fazem parte do nosso dia a dia, quando escrevemos um texto em como programa Word ele pode aparecer como .docx ou ser protegido num formato .pdf, em qualquer dos casos a obra literária permanece.

³¹ No mesmo sentido, M^a TERESA CARRANCHO HERRERO, ob. cit., p.60; CLARA VIGUIÉ, ob. cit., p. 106 ss.

³² ANA RAMALHO, ob. cit., pp.29-30 e notas 32 e 33, também parece apontar para uma apreciação casuística das situações. A autora chama a atenção para o facto de a legislação comunitária não estar harmonizada neste âmbito, o que pode suscitar obstáculos à livre concorrência. Veja-se sobre o tema, o nosso “A protecção cumulativa do *design* como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português” cit., pp. 883-898 e CLARA VIGUIÉ, ob. cit., pp.99-103.

A obra só é susceptível de protecção quando encontra expressão numa forma, quando sai do mundo interno, imaterial, do seu autor e se torna perceptível pelos sentidos humanos. Não é necessário, no entanto, em regra, qualquer registo, depósito ou outra formalidade, com muito contadas excepções. Nem é, sequer, necessário que a obra seja divulgada. A obra inédita também é protegida. Para efeitos de protecção, também não é necessário que a obra esteja completamente acabada, são susceptíveis de protecção os estádios intermédios, nomeadamente os esboços, os fragmentos, as obras inacabadas³³.

Este requisito tem que se verificar nas obras 3D. Aqui há dois momentos que podemos ter em consideração. O ponto de que devemos partir para analisar as questões jurídicas realizadas com a exteriorização é o ficheiro ou, mais rigorosamente, a obra que está inserida no ficheiro, ou o objecto impresso? Consideramos que só pode ser o primeiro momento. Uma vez que não é possível separar o arquivo do desenho que ele incorpora, a obra inserida no arquivo deve ser protegida independentemente da impressão. É a obra incluída no arquivo CAD/BIM que deve ser tida em conta para efeitos de exteriorização. O arquivo que contém a obra, enquanto não for dado a conhecer, está protegido, embora possa não estar divulgado porque inclui uma obra inédita.

3. Violações dos direitos morais e patrimoniais na impressão 3D

A tecnologia 3D pode implicar uma violação dos direitos morais e patrimoniais de autor. Em especial quanto aos direitos morais, destacamos o direito de paternidade (art. 9º. art. 27º ss e 56º, nº 1), o direito ao inédito (art. 6º) e o direito de integridade e genuinidade da obra (art. 56, nº1 com as limitações do art. 60º, para as obras de arquitectura³⁴), o direito de retirada (art. 62º) e o direito de acesso (não expressamente previsto no CDADC). Levantam-se aqui problemas idênticos aos colocados com o surgimento da digitalização e posterior *upload* das obras para a *Internet*.

³³ A formulação do art. 1º, nº 1 CDADC não é das melhores. Seria preferível considerar que a obra é a exteriorização de uma criação do espírito do que afirmar que se trata de uma criação intelectual por qualquer modo exteriorizada. Tal como está formulada, a exteriorização parece ser algo de extrínseco para efeitos de tutela, quando o que se passa é que, com a exteriorização, nasce o direito de autor. Não existem direitos de autor enquanto a obra apenas está no pensamento, no íntimo do autor.

³⁴ Sobre as limitações do direito moral de integridade e genuinidade no nosso CDADC, em que o art. 60 apenas permite ao arquitecto “repudiar” a obra modificada sem o seu consentimento, consulte-se MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Obras de arquitectura como obras protegidas pelo Direito de Autor”, *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, C. FERREIRA DE ALMEIDA, L. COUTO GONÇALVES, CLÁUDIA TRABUCO (org.), Coimbra, Almedina, 2011, pp. 159-209; MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Modificações na obra de arquitectura: regime do art. 60º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos – anotação ao Ac. do TRC de 25.3.2003, Rec. 4240/02”, *Cadernos de Direito Privado*, 6, Abril/Junho, 2004, pp.54-69; MARIA VICTÓRIA ROCHA, “Direito de integridade e genuinidade da obra de arquitectura no direito português”, *ADI*, 36. (2015-2016) Vol. en memoria del Prof. Dr. Dr. H.C. Carlos Fernández-Nóvoa, pp. 427-439.

Em relação ao direito ao inédito, há que saber quando se realiza a divulgação³⁵. É debatido saber se, efectuada a divulgação, a mesma vale para todas as formas de exploração da obra, mesmo que não previstas pelo autor. Parece-nos que a resposta deve ser afirmativa, sob pena de estarmos a aplicar aos direitos morais regras próprias dos poderes ou direitos patrimoniais, em especial o princípio da independência das formas de exploração (art. 68º, nº4)^{36/37}.

O respeito pelo direito de paternidade deve ocorrer em todos os momentos. O autor deve ter o direito de ver o seu nome mencionado tanto no ficheiro CAD/BIM como na obra impressa. Pode ser violado, por exemplo, ao retirar o nome do autor das criações impressas. Ou pode ser violado usurpando o nome do verdadeiro autor³⁸.

O direito à genuinidade e integridade da obra 3D deve impedir todos os actos que a desnaturem, afectando a reputação e bom nome do autor (art. 56º, nº 1). A impressão medíocre, a má qualidade dos materiais, a modificação do destino da peça, ou a modificação do ficheiro CAD, entre outras, podem constituir violações. Este direito moral poderá ser facilmente violado com a democratização e generalização das impressoras 3D caseiras. A conversão da obra 3D num ficheiro digital e o *upload* para a *Internet* pode implicar inúmeras violações do direito de integridade.³⁹

O direito de retirada, a partir do momento em que se faça o *upload* para a rede, pode ser praticamente impossível de exercer, dado que a obra se disseminou a nível mundial⁴⁰. O mesmo se diga quanto ao direito de acesso. Neste último caso, o autor deverá manter uma cópia do ficheiro/arquivo CAD/BIM, para estar garantido.

Quanto aos direitos patrimoniais, as soluções adoptadas para a digitalização e colocação em rede devem valer neste contexto. A impressão do ficheiro que contenha uma obra protegida tem que estar protegida, uma vez que se traduz num acto de exploração⁴¹. Nos termos dos arts. 67º e 68º, pode representar uma nova forma de

³⁵ Para CAROLINE LE GOFFIC, e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, a comunicação pelo autor de um ficheiro CAD a um prestador de serviços em rede seguida da sua impressão 3D não será um acto de divulgação se o autor não quis publicar ou colocar à disposição o seu ficheiro na plataforma (ob. cit., p.45).

³⁶ A divulgação de uma obra plástica como exemplar físico esgota o direito de o autor se opor a uma divulgação sob a forma de ficheiro CAD? Parece-nos que sim. No sentido exposto no texto, CAROLINE LE GOFFIC e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob. cit.p-46.

³⁷ Ob. cit., p. 46.

³⁸ O nome do autor pode vir mencionado sob a forma de uma *infobulle* ou *tooltip*, por exemplo. Cf. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Tooltip> (último acesso em 17.03.2017).

³⁹ Exemplos: um copo do autor é criado em vidro e depois impresso em plástico, supondo que o autor é ecologista e contra os materiais plásticos. Ou a obra em ouro, prata ou bronze, materiais nobres com que o autor sempre trabalha, é impressa em plástico. Em si, como é óbvio, os materiais não estão protegidos por direitos de autor; podem, eventualmente, estar protegidos por patentes. Cf. novas texturas, fibras, etc. Note-se que no nosso CDADC o direito sofre, à partida, as limitações do art. 60º, quanto às obras de arquitectura.

⁴⁰ Desenvolvidamente, sobre o direito de retirada, CLARA VIGUIÉ, ob. cit. pp. 104-111.

⁴¹ Parecem não ir no mesmo sentido CAROLINE LE GOFFIC e AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob. cit., p. 44, quando afirmam que embora o objecto tridimensional impresso possa ser protegido (“o objecto que decorre de uma impressão em três dimensões de um ficheiro CAD protegido pelo direito de autor ou de uma obra

exploração da obra protegida, uma reprodução em sentido amplo, ou ainda uma transformação⁴². Se a obra impressa em 3D é dada a conhecer, nomeadamente pela venda, exposição, ou difusão por qualquer meio, há também a possível violação do direito de comunicação pública ou do direito de acesso *on demand*. Constitui também um acto de reprodução em sentido amplo, ou de transformação, a digitalização de uma obra. A sua transmissão em rede violará o direito de comunicação pública e, em especial, o direito de colocação à disposição para acesso *on demand*. A obra pode ainda ser alvo de modificações não autorizadas, com violação do direito de modificação, quer na fase bidimensional, quer na fase tridimensional (se houver autorização poderemos estar perante obras derivadas). Também pode haver cópia de um ficheiro CAD para outro computador, com violação dos direitos até agora referidos. É, portanto, muito difícil o autor proteger a sua obra, sobretudo se está na *Internet*, podendo ser impressa em qualquer local do mundo a partir do *download* do ficheiro CAD e com custos mínimos.

Acresce que a violação de direitos morais ou patrimoniais, quando se trata de tecnologia 3D, envolve uma multiplicidade de indivíduos e empresas. Há que apurar quem pode ser responsabilizado pela violação, designadamente, se são os que fazem o *upload* para a rede dos ficheiros para impressão, se são os intermediários que fazem uma armazenagem massiva dos ficheiros, se são os *websites* de partilha de ficheiros P2P, ou os utilizadores das impressoras 3D⁴³.

Quanto às pessoas que fazem o *upload* dos ficheiros para a *Internet*, há que distinguir consoante o arquivo é obtido a partir de um objecto físico, hipótese que implica uma digitalização e, portanto, reprodução em sentido amplo ou transformação da obra, pelo que é necessário o consentimento expresso dos titulares de direitos; e o caso dos desenhos ou modelos digitais obtidos a partir de um programa de computador específico, os ficheiros CAD/BIM onde a obra está incorporada. Aqui as questões são mais complexas. Se o desenho é influenciado por um objecto real, por exemplo, um edifício arquitectónico (enquanto bem imaterial), estamos perante uma reprodução plana da obra em três dimensões, e é necessário o consentimento do autor ou titular de direitos

preexistente em 2D ou 3D é, por ricochete protegido pelo direito de autor”), consideram a impressão em 3D uma simples “prestação de serviços técnicos” por eventual falta da necessária criatividade. Discordamos por completo. Não se deve confundir o acto de impressão com o objecto 3D. O acto de impressão é uma forma de exploração, como outras.

⁴² O TJUE, no Acórdão de 22 de Janeiro de 2015, Processo C-419/13- AllPosters, considerou que a modificação da obra mediante a substituição do suporte consiste num exercício do direito de reprodução. De qualquer forma, a não considerar o acto como reprodução, sempre se poderia considerar como acto de transformação, nos termos da al. g) do nº2 do art. 68º CDADC, ou como nova forma de exploração, uma vez que a enumeração constante do art. 68º é meramente exemplificativa. Reprodução, transformação ou nova forma de exploração, o certo é que a impressão 3D do ficheiro CAD/BIM em que se incorpora uma obra protegida sempre necessita de autorização do autor ou do titular de direitos de autor. A impressão do ficheiro que contenha uma obra protegida tem que estar protegida, uma vez que se traduz num acto de exploração. No mesmo sentido se pronuncia a generalidade dos autores estudados. Cf. ANA RAMALHO, ob. cit., pp. 28-29. CLARA VIGUIÉ, ob. cit., pp. 114-115, considera que a digitalização viola o direito de reprodução.

⁴³ Desenvolvidamente, CLARA VIGUIÉ, ob. cit, pp. 66-88.

sobre a obra real. Se estamos perante desenhos originais, que não reproduzem um objecto pré-existente, não haverá qualquer violação.

Quanto aos *websites* que colocam à disposição os arquivos que permitem a impressão, devemos distinguir os serviços dos intermediários que fazem a armazenagem massiva dos arquivos, e os sítios que funcionam como graças ao sistema de partilha P2P. Quanto aos primeiros, em conformidade com a Directiva de Comércio Electrónico, existe uma responsabilidade atenuada, dado que desempenham um papel passivo. São apenas sítios que oferecem o armazenamento de conteúdos, tornando-os acessíveis a terceiros. Sendo intermediários, não efectuam qualquer selecção ou modificação do conteúdo armazenado. Embora tenham a obrigação de identificar quem neles armazena algo, não têm a obrigação de supervisionar os conteúdos que armazenam ou transmitem. No entanto, se têm consciência do carácter ilícito dos conteúdos ou se, depois de terem sido informados acerca dessa ilicitude, não actuaram com a rapidez exigível para retirar os conteúdos, serão responsabilizados⁴⁴.

No caso dos provedores de programas P2P (por exemplo, Azureus, Vuze, Kazawa), como não há um servidor central, e os utilizadores colocam à disposição uns dos outros os seus próprios recursos, levantam-se os tradicionais problemas colocados à indústria musical e audiovisual, alargados agora ao *download* de arquivos CAD contendo obras protegidas. Todos os problemas colocados a propósito da música e do audiovisual retornam aqui em força, inclusive apurar da boa ou má-fé do utilizador. O Tribunal dos Direitos Humanos já se pronunciou, num caso em que o Pirate Bay, condenado pela justiça sueca por violação de direitos de autor, apelou àquele tribunal alegando ofensa à sua liberdade de expressão e comunicação. O Pirate Bay perdeu⁴⁵.

⁴⁴ O DL 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe a Directiva 2000/31/CE, consagra uma ausência geral de vigilância sobre as informações que os intermediários transmitem ou armazenam (art. 12º). Mas a isenção de responsabilidade é apenas para determinados casos aí previstos e para serviços específicos, como a armazenagem temporária ou a associação de conteúdos (arts. 14º -17º). Os intermediários podem ser obrigados a pôr termo a uma infracção ou a prestar informações, independentemente da responsabilidade (art. 13º). Plataformas como a Thingiverse poderão, por exemplo, ser consideradas como um prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor, de acordo com o art. 16º do diploma. Caso se considere que a Thingiverse e outras plataformas semelhantes armazenam a informação fornecida pelos utilizadores, poderá haver responsabilidade no caso de a plataforma ter conhecimento de que a actividade ou informação é manifestamente ilícita e não for expedita a impossibilitar o acesso a essa informação (art.16º, nº1). Poderá também existir responsabilidade civil sempre que a plataforma devesse ter consciência do carácter ilícito da informação (art. 16º, nº2). Mesmo que não haja armazenamento, pode haver responsabilidade no caso de proceder a uma associação de conteúdos, por exemplo por meio de instrumentos de busca ou hiper-conexões, com as limitações dos arts. 17º a 19º. Mais desenvolvidamente ANA RAMALHO, ob. cit., p. 34-37.

⁴⁵ Cf. ECHR, Frederik Neji and Peter Sunde Kolmisopp v. Sweden, 19 de Fevereiro de 2013, Proc. nº 40397/12; veja-se CLARA VIGUIÉ, ob. cit.p. 77 ss. O Pirate Bay é um dos principais fornecedores de *Torrents*, que permitem a impressão de ficheiros 3D. Embora se possam criminalizar os actos praticados, é muito difícil uma condenação efectiva. O Pirate Bay, inclusive, criou o serviço IPREDator, permitindo o anonimato dos utilizadores.

4. Medidas para atenuar a violação dos direitos de autor

A tecnologia 3D tem um enorme potencial para afectar o mercado de arte, porque a reprodução poderá vir a ser efectuada com todo o tipo de materiais, realizando réplicas exactas de muitas obras pré-existentes e pelos próprios utilizadores⁴⁶. A protecção é fundamental, sob pena de se subverter o regime das obras de arte, que não casa com a reprodução ilimitada⁴⁷. A reprodução e disseminação de exemplares absolutamente idênticos, sem a autorização do autor, seja do desenho em 3D, seja da peça impressa em 3D, torna a obra de arte cada vez mais vulnerável às falsificações, através de cópias servis, ou plágio. A criminalização e a responsabilidade civil, uma vez efectuada a violação (arts. 195º, 196º, 197º), serão os mecanismos a que o legislador recorre, mas com uma efectividade muito reduzida, como resulta das experiências anteriores em matéria de *software*, bem como no âmbito musical e audiovisual. Diminuir os riscos de violação dos direitos de autor deverá ser algo a fazer previamente, em especial recorrendo a medidas tecnológicas de protecção (art. 221º)⁴⁸ e a sistemas de informação e gestão de dados (aparentados com os DRM no direito anglo-saxónico), já previstos entre nós, por força da Directiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu do Conselho, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos dos direitos conexos na sociedade da informação (Directiva InfoSoc). As medidas de protecção impossibilitam o acesso e as medidas de gestão e informação permitem identificar a obra sempre que é utilizada⁴⁹. Estas medidas normalmente estão associadas a contratos (*pay per view*). Como já ocorreu com o *software*, e música e o audiovisual, levantam a questão do equilíbrio entre o autor ou titular de direitos e o utilizador. A solução proposta pela InfoSoc e constante do CDADC, que criminaliza a retirada de medidas tecnológicas e sistemas de informação e gestão mesmo para usos lícitos ao abrigo do art. 75º não serve (cfr. arts. 217º a 228º)⁵⁰. Também os usos livres previstos na Directiva InfoSoc, e no nosso art. 75º não se adequam a esta nova tecnologia. São alvo de críticas há muitos anos, porque são limitações e excepções muito limitadas, não adequadas ao ambiente digital e não harmonizadas a

⁴⁶ Neste sentido M^a TERESA CARRANCHO HERRERO, ob. cit., p.43, pp.63 ss; M. RIMMEN, “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing”, cit., p. 52 ss.

⁴⁷ Mesmo as obras múltiplas só são admitidas como arte desde que haja um controlo do artista plástico e um número de exemplares assinados. Não é por acaso que os artistas plásticos têm o direito de sequência (cf. art.54º)

⁴⁹ Cf. A patente US 8,286,236, *Manufacturing control system*, inventores Jung et alit. “The Invention Science Fund”, LLC, 11, 2012, que permite a inserção no ficheiro CAD de um sistema de controlo que permite à impressora a verificação dos direitos do utilizador sobre o ficheiro, bem como saber se as modalidades escolhidas respeitam os direitos de autor, no concernente ao número de cópias, materiais usados e formato. Desenvolvidamente, CAROLINE LE GOFFIC, AUDE VIVÈS-ALBERTINI, ob. cit., p. 54; D. MENDIS, “The clone wars”: episode 1-the rise of 3D printing and its implications for intellectual property law- learning from the past? *European Intellectual Property Review*, 35, 3 (2010), p.161 ss.

⁵⁰ Veja-se o nosso “Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores”, *ADI*, 33 (2012-2013), pp. 429-446.

nível da União Europeia⁵¹. A disseminação traz complexas questões, que aqui apenas podemos apontar, em matéria de lei aplicável e de jurisdição competente, face à diversidade de prazos de protecção e de excepções ou limites dos Direitos de Autor nacionais. A *Internet* é mundial, o direito de autor é, por essência, territorial. Pensemos na diferença entre o *fair use*, próprio dos países anglo-saxónicos, e nas limitações e excepções taxativas e não harmonizadas, mesmo na UE, previstas na Directiva InfoSoc. Pense-se ainda na duração dos direitos patrimoniais, harmonizada na UE, por regra, de 70 anos a contar de 1 de Janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, e das regras dos países que apenas aderiram à Convenção de Berna, com os 50 anos de protecção a partir da morte do autor. Cria-se uma enorme insegurança porque, em função da jurisdição e da lei aplicável, o resultado pode ser completamente diverso em termos de protecção. Embora as questões de direito internacional se apliquem para todo o tipo de obras difundidas na *Internet*, como as obras musicais ou audiovisuais, agudizam-se com a impressão 3D. Seria necessária uma harmonização das leis nacionais, mediante tratados, para garantir, por exemplo, que um objecto 3D impresso nos EUA tenha a mesma protecção que se a impressão ocorrer em Portugal. Dentro da UE, urge também harmonizar esta matéria, em função das deficiências da Directiva InfoSoc, tal como já aconteceu com as obras órfãs.⁵²

⁵¹ Não é por acaso que surgiram as obras órfãs, que se inserem neste contexto de duração excessiva dos direitos de autor, medidas de protecção e sistemas de informação e gestão de dados sem abertura adequada para utilizações lícitas, e excepções e limitações muito restritas, não adequadas ao ambiente digital e, além do mais, não harmonizadas na UE. Desenvolvidamente, sobre as obras órfãs, destacamos ISABEL ESPÍN ALBA, *Obras huérfanas y derecho de autor*, THOMSON REUTERS/NAVARRA ARANZADI, 2014. Quanto à legislação, há que referir a Directiva n.º 2012/28/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro, relativa a determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, transposta para o nosso ordenamento pela Lei L. 32/2015, de 24 de Abril.

⁵² Desenvolvidamente, sobre o direito internacional e a impressão 3D, CLARA VIGUÉ, ob. cit., pp.138-149, designadamente dando conta dos três grandes litígios já surgidos neste contexto (pp. 147-149), a saber, o caso do triângulo de Penrose (https://en.wikipedia.org/wiki/Penrose_triangle (com último acesso em 25.03.2019) do Cubo do filme “Super Oito” ([https://pt.wikipedia.org/wiki/Super_8_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Super_8_(filme)), com último acesso em 25.03.2017 e das figuras *Warhammer*, da sociedade Game Workshop <http://www.tested.com/art/makers/452866-how-home-3d-printers-are-disrupting-miniature-gaming/> (com último acesso em 25.03.2017). No primeiro caso, a Thingiverse colocou em rede, sem autorização do desenhador ULRICH SHWANZ, os seu planos de conceber este objecto considerado matematicamente impossível de fabricar, concebido por Penrose. No segundo caso, a Paramount Pictures advertiu um internauta que havia reproduzido e imprimido uma cópia 3D do cubo e colocando o ficheiro CAD para acesso na Shapeways para se abster da conduta não autorizada. A Shapeways retirou de imediato o ficheiro litigioso. No terceiro caso um internauta, sem autorização da Games Workshop, colocou na Thingiverse um ficheiro para impressão 3D das figuras. O processo também não chegou a tribunal porque a Thingiverse retirou o ficheiro, uma vez notificada para o fazer. Sobre este último caso veja-se também MENDIS, D., ob.cit. pp.159-160; ANA RAMALHO, ob. cit., 33. Sobre as questões gerais de Direito Internacional Privado leia-se D. MOURA VICENTE, *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010. Neste contexto são particularmente importantes os Regulamentos Roma I e Roma II, no contexto da lei aplicável em matéria contratual e extracontratual na EU.

Outro caso interessante é o de Marcel Duchamp e o seu jogo de xadrez. Scott Kildall e Bryan Cera inspiraram-se a criar um jogo de xadrez, que era uma versão impressa em 3D do Jogo de Xadrez de Marcel Duchamp, que tinha sido retratado em fotografias. Em 2014 o representante de Marcel Duchamp escreveu para Thingiverse, Makerbot Industries, Bryan Cera e Scott Kildall, no sentido de as peças serem retiradas da plataforma, por violação de direitos de autor. O caso é um exemplo das complexas questões de jurisdição e legislação envolvidas. As peças de xadrez de Duchamp foram criadas em 1917-1918, enquanto Duchamp estava na Argentina e, de acordo com a lei de direitos de autor dos EUA, as obras publicadas antes de 1923 estavam no domínio público, sendo certo que o servidor se encontrava nos EUA. No entanto, de acordo com a lei francesa de direitos de autor, as obras têm um prazo de protecção de 70 anos após a morte do autor,

O recurso à por via contratual também pode aparecer sozinho⁵³, por exemplo, sob a forma de licenças prévias, nomeadamente licenças *creative commons*, estando em causa explorações a partir da *Internet*. Nada impede que a obra seja colocada ao dispor com licenças *open source* (ex: RepRap e Fab@ Home). Há que procurar um difícil equilíbrio que não provoque um *chilling effect* na evolução da tecnologia, mas que seja razoável para os autores e legítimos titulares de direitos⁵⁴. O *hacking* é particularmente intenso em matéria de impressão 3D e, apesar de ilícito, pelo menos entre nós, tem contribuído o acelerado desenvolvimento da impressão 3D. Há ainda a distinguir o *hacking* ilícito, dos *media labs*, que têm também sido fundamentais para a evolução da tecnologia, e funcionam em sistema de *open source* e partilha de informação.⁵⁵ Hoje não pode ser ignorado o movimento dos *makers*, que, a ser legislado, por certo implicará alterações muito intensas às normas de direito de autor e de direito industrial, implicando profundas mudanças, não só legais, mas também políticas, económicas e sociais.

A gestão colectiva será neste contexto essencial, embora sejamos, por princípio, defensoras de uma gestão colectiva voluntária.

5. Utilizações livres

Cabe questionar se aqui serão de aplicar apenas as excepções permitidas pela Directiva InfoSoc e que constam do art. 75º. A excepção mais importante aplicável, no caso da impressão 3D, é da cópia privada (art. 75º nº, 2 al. a) e art. 81º b) CDADC). Se alguém imprime um objecto para uso privado, parece praticar um acto lícito, embora

contados de 1 de Janeiro ao ano seguinte ao da morte. Portanto, a ser aplicada a lei francesa, poderia haver violação, com as suas consequências em termos de responsabilidade civil e criminal. Mais, os criadores pensaram que o jogo em causa estava perdido, por não ter sido visto publicamente, durante décadas, mas afinal não era essa a situação, porque se encontrava numa colecção privada. Ainda, ao abrigo do *fair use* americano estavam protegidos, mas não necessariamente ao abrigo das estritas limitações e excepções da lei francesa. Os criadores reconheceram que tanto se poderia aplicar a lei dos EUA, que os protegia, como a lei francesa, que não os protegia. Como *sites* como a Thingiverse são globais, a lei francesa de direitos de autor poderia, eventualmente, ser aplicada, por isso concordaram em remover os ficheiros. A disputa sobre o jogo de xadrez de Marcel Duchamp levanta uma série de temas importantes. O conflito destaca o longo prazo da protecção dos direitos de autor na UE. A disputa também levanta questões sobre como lidar com obras "perdidas" e "órfãs" (entretanto resolvida com a Directiva sobre obras órfãs). O caso também destaca questões de violação de direitos de autor em relação à impressão 3D e ao *Movimento Maker*. Por fim, traz para a discussão as questões em matéria de jurisdição e lei aplicável, com a transmissão de ficheiros pela *Internet*, por meio de intermediários como a Thingiverse. O estudo de caso reforça a tese de Dr.^a Angela Daly de que a impressão 3D irá encontrar barreiras e obstáculos significativos, devido às diferenças comparativas no tratamento das leis de direitos de autor entre os Estados Unidos, a União Europeia e outras jurisdições. Em pormenor, veja-se M. RIMMEN, "The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing", *The University of Western Australia Law Review*, 41,2, (2017), pp. 51-81, em especial, pp.

⁵³ Neste contexto poderão ter particular interesse os smart-contracts, que apenas podemos referir, uma vez que seriam matéria para um artigo. Sobre o conceito veja-se https://pt.wikipedia.org/wiki/Contrato_inteligente (último acesso em 17.03.2017).

⁵⁴ Remetemos para o nosso *Dispositivo* cit. e para CLARA VIGUIÉ, ob. cit. pp. 150-161.

⁵⁵ Cf. nota 8, acima.

sujeito a uma compensação e não podendo ultrapassar determinados limites, como a regra dos três passos da Convenção de Berna (art. 75º, 4) ⁵⁶.

Todavia, à medida que os utilizadores também se tornam criadores, parece que a lei terá que mudar, no sentido de ampliar mais a liberdade de impressão 3D. Terão cada vez mais importância os sistemas de *open source* e as licenças *creative commons*. De qualquer modo, e apesar do movimento dos *makers* estar a exercer uma forte pressão, as modificações têm que ser efectuadas de forma muito cuidadosa, pelas consequências económicas, políticas e sociais que envolvem.

6. O estado da arte: tecnologias 3D e o movimento dos *makers*

O sistema de *open source* e de *creative commons* começa a manifestar-se com muita intensidade no contexto das tecnologias 3D. A comunidade *open source* tem origem na cultura dos *hackers* e numa prática social em que os participantes vão aderindo e criando normas de conduta.⁵⁷

⁵⁶ A propósito da cópia privada, o TJUE já se pronunciou, sobre a licitude da fonte. No Acórdão de 10 de Abril de 2014, Processo C-435- *Ací Adams*, parágrafos 35 a 41, considerando que o art.5º, nº2 al.b) da Directiva InfoSoc deve ser interpretado no sentido de que não abrange as situações de cópia privada efectuada a partir de fonte ilícita. Veja-se, a propósito, CLARA VIGUIÉ, ob. cit., pp. 122-124; ANA RAMALHO, ob. cit., pp. 32-33.

A remuneração por cópia privada (cf. art. 82º e Lei da Cópia Privada, Lei 49/2015, de 1 de Setembro) é problemática. Desde logo, porque pode significar uma excepção à regra da liberdade de reprodução das obras para uso privado (arts. 75º, nº 2, al. a) e 81º, 1, a) - este último redundante). Parece, contudo, que a generalização a meios de fixação e reprodução analógicos e digitais justifica esta excepção. Mas há que ter cuidado com o risco de duplicação dos pagamentos para uma mesma utilização. Se as cópias das obras são efectuadas pelo consumidor final para o seu uso privado, no contexto de um serviço licenciado e pago, não acarretam prejuízos para os titulares de direitos que consentiram no acesso à obra e já estão a ser remunerados. A remuneração por cópia privada nesta hipótese seria um pagamento a dobrar por uma única utilização. Em pormenor, A. DE SÁ E MELLO, ob. cit., pp. 245-246. D. MOURA VICENTE, “Cópia privada e sociedade da informação”, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, (2006), p. 709 ss;

⁵⁷ O *hacking* é hoje muito usado a nível de tecnologias 3D. Em muitos casos o *hacker* é um especialista em programação que, durante o dia trabalha para uma empresa de *software*, e à noite e nos tempos livres se dedica a fazer *hacking* de tecnologias ainda protegidas e a alterá-las de acordo com os seus objectivos. Como *hacker* torna-se amador. Existem, inclusive, comunidades de *hackers* que partilham as informações entre si, contribuindo para um mais acelerado desenvolvimento da tecnologia 3D. São *hackers* e *makers*, uma vez que programam e imprimem. Existem *hackers* de todos os âmbitos, por exemplo, *neurohackers*, no âmbito da neurofísica, *bodyhackers*, que implantam em si os dispositivos criados (em muitos casos para colocar a funcionar tudo, desde a porta de casa, à porta do carro, passando pelo computador, ou o fogão, só podem ser reconhecidos pelo portador do dispositivo. Há *hackers* que visam o transumanismo, ou seja, o controlo de objectos à distância (estes *hackers* buscam, em último termo, a imortalidade). Há *hackers* no domínio das armas, designadamente de destruição maciça. O grande objectivo dos *hackers* e *makers* amadores é mostrar às pessoas como a ciência é acessível, com as vantagens e perigos que isso acarreta. Por exemplo, Annelie Koller, artista e *biohacker*, faz em casa experiências para demonstrar às pessoas que “a ciência é tão acessível como cozinhar”. Com esta mundialização do conhecimento que a *Internet* permite, os amadores têm possibilidade de trabalhar conjuntamente em projectos próprios. Depois de 40 anos de pura programação informática, os *hackers* partem ao assalto do mundo real. Eles imaginam objectos e concebem-nos através de impressoras 3D. Comunicam com elas através de novos *chips* e através da biologia sintética criam novas formas de vida. Estes amadores investem em áreas às quais apenas os cientistas tinham acesso. Pode ser graças a eles que as descobertas do futuro sejam efectuadas fora das instituições habituais, em espaços abertos ao público, os chamados *hackerspace* ou *hacklab*, que são espaços e laboratórios para *hackers*. A grande questão que se coloca é a de saber se a sua independência constitui um risco ou uma excelente oportunidade para a evolução da humanidade. Os primeiros *hackers* surgiram

nos anos 70. Este termo, de origem inglesa, define alguém que adultera a estrutura de algo. Um “faz-tudo”, por assim dizer. Estamos a falar dos apaixonados da informática. Foi na América que estudantes de grandes universidades criaram, corrigiram e refizeram códigos de programação, trazendo ao mundo o primeiro programa de computador. Eric Raymond é um desses primeiros *hackers* americanos, que fez parte desta grande aventura informática a partir de sua casa, na Pensilvânia. Em colaboração com tantos outros, este auto-didacta contribuiu para a criação de vários *softwares* livres, como por ex. o Linux ou o Netscape, um navegador da *Internet* que mais tarde daria lugar ao conhecido Mozilla. Os *hackers* estabeleceram, um sistema de troca de informações, de partilha de trabalho. O crescimento da *Internet* fez com que centenas de milhares de *hackers* se juntassem ao movimento em que cada um dá a sua contribuição na criação de novos programas. O sistema de *open source* tornou-se mais que um simples método de trabalho. Tornou-se sinónimo de transparência e liberdade individual. *Open source* é o grito de guerra dos que lutam contra o controlo dos governos ou empresas sobre a rede. Todos os anos se realiza em Nova Iorque uma feira de *makers*. Um evento que reúne uma nova geração de criadores. Estes “faz-tudo” têm um objectivo comum: não terem de trabalhar sozinhos na sua garagem, mas antes em conjunto com os outros *makers*. A tecnologia que se tornou imprescindível para os *makers* é a impressora 3D, que permite copiar e criar objectos reais a partir de dados numéricos. A primeira impressora 3D disponível ao público surgiu em Fevereiro de 2008 na Universidade de Bath, no Reino Unido. Adrian Bowyer, o seu fundador, apelidou-a de Darwin e utilizou-a para imprimir as peças do modelo seguinte da impressora. Foi assim que começou um longo ciclo de impressoras de *open source*, que se multiplicam a si próprias. São chamadas RepRap. Colocam-se fibras de plástico num tubo que se encontra ligado a uma câmara quente, onde o plástico será fundido. De seguida, num movimento horizontal, imprimem-se formas plásticas de 2 dimensões. Esta é a primeira fase da impressão. A primeira camada é colocada num vidro e é importante que essa camada adira bem ao vidro. A segunda camada é sobreposta à primeira camada. Depois fundem-se ambas as camadas e assim, sucessivamente. A sobreposição de camadas de plástico sucede-se, até obtermos um molde sólido. É tão simples como isto, sem qualquer magia envolvida. Basta darmos uma vista de olhos à feira de *makers*, para podermos ter uma ideia da quantidade infinita de impressões que podemos fazer. São cada vez mais precisas e sólidas, o que faz com que a lista de objectos a imprimir seja interminável. Este método de fabrico aditivo (uma outra forma de apelidar a impressão 3D) revoluciona os vários grupos sociais. Se substituirmos o plástico por produtos comestíveis, podemos estar a comer *pizzas* que foram impressas, biscoitos de insectos transformados em farinha e até carne sintética, ou couves. No sector imobiliário já podemos imprimir camadas de betão para construir casas. A Agência Espacial Americana vê na impressão 3D uma forma de evitar o transporte de materiais para a construção dos seus equipamentos. As impressoras 3D também podem ajudar os países menos desenvolvidos ou que foram devastados por catástrofes naturais. Por isso há um número crescente de ONGs que usam impressoras 3D. Sempre que algo deixa de funcionar, ligam as impressoras 3D a painéis solares e imprimem seja que peça for, até material médico. Exemplo disso é a E-Nable, uma associação que imprime próteses ortopédicas num dos países mais pobres do mundo, o Haiti. A E-Nable nasceu há mais de 30 anos e as próteses que imprime têm um custo 100 vezes inferior ao das próteses ortopédicas comuns. Foi graças à existência dos *hackerspaces* que tecnologias como a impressora 3D viram a luz do dia. Trata-se de espaços públicos, onde os *hackers* se reúnem para porem mãos à obra e desenvolverem os seus projectos. O NYC Resistor é um dos *hackerspaces* mais conhecidos nos Estados Unidos. O local é de tal maneira famoso, que é necessário ser sócio, para ter as chaves do espaço. Mas o público só vê as suas portas abertas algumas horas por semana. É aqui que se reúnem os *hackers* e *makers*, para partilharem as suas criações e ideias. A electrónica, a disciplina favorita dos *hackers*, encontrava-se inacessível a estes amadores, devido à miniaturização progressiva dos sistemas, levada a cabo por empresas de informática. Agora, o surgimento de componentes de fácil utilização permite que qualquer pessoa possa criar o seu próprio sistema. Este fenómeno tornou-se de tal forma popular que a Resistor dispõe de máquinas de venda automática destes produtos. Basta conectarem os sensores que quiserem aos micro-controladores e os *hackers* podem analisar qualquer tipo de dados, até os do ser humano. Uma *startup* em Brooklyn produz instrumentos que medem ondas cerebrais, equipamentos que antigamente só as instituições dedicadas à Neurofísica é que possuíam, dado o seu elevado preço. O modelo actualmente mais acessível do mercado é um capacete que foi impresso em 3D. Foi concebido por dois sócios, nenhum deles neurofísico. Os avanços registados no conhecimento do nosso cérebro poderão um dia vir a fazer mover bem mais do que um pequeno helicóptero de brincar, usado para os testes. Estes capacetes estão já a ser testados por pessoas com deficiências motoras e vítimas de AVC, na esperança de um dia virem a recuperar a mobilidade que perderam. E se um dia eles viessem a conseguir programar, não apenas objectos, mas o ser humano? Esse é um dos objectivos de investigação dos *biohackers*, os *hackers* dos seres vivos. Enquanto os piratas informáticos mexem em linhas de código, os *biohackers* trabalham com um código bem mais complexo, que existe há milhões de anos em cada uma das nossas células: o ADN. A comunidade científica profissional pode evoluir graças à determinação e aos progressos conseguidos pelos *hackers*.

O MIT, em Boston, é a instituição científica de eleição para a democratização da impressão 3D. Conta com 27 unidades e 78 dos seus investigadores já foram galardoados com um prémio Nobel. Em pleno *campus* está uma unidade dedicada ao futuro da investigação - O MediaLab do MIT recebe todos os anos uma centena de estudantes escolhidos a dedo por Charles Fracchia (Investigador em Biologia Molecular no MIT). O MediaLab acolhe também aqueles que não se inserem numa área em particular, seja na engenharia

As empresas, mesmo concorrentes, estão a entrar neste movimento, criando novos modelos de negócio. Os preços baixos das tecnologias 3D e plataformas como a Shapeways, permitiram a passagem do *software* para a fabricação de objectos. O movimento dos *makers* está cada vez mais popular. Trata-se de um movimento *bottom-up*, preocupado com a criação de novos objectos físicos com recurso a tecnologias 3D, que surgiu em meados de 2005. O movimento assenta as suas bases no anterior movimento para o *software* livre, mas com dificuldades acrescidas. Tem os problemas que o movimento do *software* livre teve que resolver, como a criação de infra-estruturas, instrumentos, *workflows*, normas e valores, bem como uma moldura legal para proteger ou garantir os direitos de autor, ou, mais amplamente, os direitos de propriedade intelectual. No âmbito da tecnologia 3D ainda não se sabe bem que impacto é que o movimento dos *makers* terá na indústria 3D. Como é que as comunidades de *makers* e as empresas irão interagir, são questões que ainda não têm uma resposta clara. Os valores, as normas e as formas de relacionamento estão ainda a construir-se.⁵⁸ Até agora foram criadas diversas plataformas, mas as fronteiras ainda não estão bem definidas. O RepRap original começou em 2005 e até agora foram criadas cerca de quatro dezenas de repositórios/mercados para desenvolvimento, partilha, compra e venda de desenhos e modelos de impressão 3D. Por exemplo: o Yeggi (alemão), o Jobi3d (EUA), o Defcad (EUA), o Pirate Bay (Suécia), o Phisibles (Suécia), o Artist-3d.com (EUA), o 123Dap (EUA), o sharecg (EUA), 3D, (Reino Unido), Wharehouse (Reino Unido), 3D Print Exchange (EUA), Cubehero (EUA), 3Dvia (França), GrabCAD (Estónia e EUA), Thingiverse (EUA), yumagine (Holanda) woizd (“I Love 3D”) (China), cgTrader (Lituânia), Threeding (Bélgica), Exchange 3D (EUA), Falling Pixel (EUA), Shapeways (Holanda e EUA), Ponoko (Nova Zelândia), Sculpteo (França), 3DHUBS (Holanda), figuram entre as plataformas/repositórios mais activos e mais populares.⁵⁹

electrónica, biologia ou na informática. Acolhe os que são multidisciplinares. É esse género de pessoas que existe no MediaLab. Aqui não se trata *de hacking*, mas de uma situação legalmente enquadrada.

Talvez o princípio do acesso livre se estenda a toda a sociedade com a generalização da *Internet*. Eric Raymond acredita que a grande descoberta ainda não foi feita, ainda falta descobrir algo que tenha agora a importância que o Linux teve na altura. Talvez o grande descobridor que irá mudar as nossas vidas e a maneira de ver o mundo esteja escondido na feira de *makers*. Sobre os *hackers* e *makers* veja-se a reportagem da RTP <https://www.youtube.com/watch?v=BoR9aFsjazU> (último acesso em 20.04.2017). Em detalhe, sobre os *makers* e a adaptação da legislação a esta fortíssima corrente, M. RIMMEN, “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing”, cit. pp. 51-81, autor que dá conta dos problemas de adaptação da actual legislação de Propriedade Intelectual ao movimento imparável dos *makers*, e das mudanças legislativas que estão a ser preparadas em diversos países e a nível da OMPI; Sobre o movimento dos *makers* e a situação actual e futura, veja-se também S. SPAETH e P. HAUSBERG, “Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? The role of platforms and trust in the rise of 3D printing”, J. P. FERDINAND, PETSSCHOW (Hergs.) *The Decentralized and Networked Future of Value Creation: 3D Printing and its implications for Society Industry and Sustainable Development*, Springer, Berlin, 2016, pp. 59-73.

⁵⁸ S. SPAETH e P. HAUSBERG, “Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? The role of platforms and trust in the rise of 3D printing”, cit., p.63, dão conta de um estudo de modelos 3D, cujo *upload* foi efectuado para a plataforma Thingiverse, onde já existe um enorme repositório de modelos, datado de Agosto de 2013, examinou 117.000 modelos e 42% dos modelos carregados para a plataforma foram classificados como privados, apenas acessíveis a quem fez o *upload* e não estavam ao dispor para ser partilhados e distribuídos ao público.

⁵⁹ *Idem*, p. 64 ss

Estas plataformas têm cinco características que sobressaem: fornecem motores de busca para modelos 3D; permitem a partilha dos modelos; proporcionam hospedagem (*hosting*) e instrumentos de colaboração; incluem um mercado de venda dos modelos/objectos impressos em 3D; oferecem serviços para impressão 3D⁶⁰.

As plataformas referidas não têm todas o mesmo grau de independência. Algumas são totalmente independentes (ex.: Cubehero), outras são braços auxiliares de empresas, sociedades comerciais a que estão ligadas (ex.: Thingiverse); outras procuram modelos de negócio auto-sustentáveis (ex.: Trinckle). Também já encontramos grupos empresariais a este nível. (ex.: a MakerBot Inc. investiu na sua própria plataforma, a Thingiverse, mas também já adquiriu a Layer-by-Layer; a TurboSquid adquiriu a Exchange 3D e a Falling Pixel).⁶¹ Para além de aquisições, desenvolvem-se também parcerias estratégicas (ex.: a Sculpteo anunciou em meados de 2014 uma parceria com a Adobe para proporcionar a impressão via *cloud* directamente da Adobe Photoshop CC. A parceria não era exclusiva uma vez que a Adobe, concorrente da Shapeways, também fez uma parceria com a Photoshop)⁶².

Em suma, de momento há um largo número de plataformas emergentes, algumas inspiradas no anterior movimento do *software* livre, outras com características específicas. Muitas estão orientadas para o comércio. Neste cenário, começa a ficar claro que a tecnologia 3D no terreno necessita de licenças bem elaboradas e claras, bem como normas para não implicar violações dos direitos de autor e dos direitos de propriedade industrial. É ainda patente que a confiança se torna, cada vez mais, num valor fundamental. A tecnologia 3D já existe, como foi referido, há cerca de 30 anos, mas durante muito tempo os preços eram proibitivos e a tecnologia era muito complexa para operar fora das grandes empresas. Com a simplificação do *software* e do *hardware* envolvidos, deu-se uma democratização da impressão 3D, que passou a ficar acessível aos indivíduos entusiastas desta nova tecnologia. Após o protocolo RepRap, tem havido um tremendo crescimento e desenvolvimento no âmbito da impressão 3D no domicílio, que resultou em muitos projectos diferentes e com diferentes perspectivas. Para já, ainda existem técnicas diversas de impressão 3D (ex.: FDM/FFT⁶³, SLA, entre outras), e há diversas impressoras, com tecnologias diversas. Esta diversidade ainda está em crescimento. Prevê-se futuramente um modelo dominante e *standard* para cada uma das

⁶⁰ *Idem*, p. 65

⁶¹ *Idem*, p. 66.

⁶² Informações retiradas de S. SPAETH e P. HAUSBERG, ob. cit. p. 59 ss. Para dar um exemplo que nos parece feliz, dos autores, que nos permitimos alargar, a sofisticação e simplificação dos instrumentos envolvidos podem ser comparados com a indústria automóvel. No início os condutores tinham que ser também mecânicos. Ao longo dos anos os veículos automóveis tornaram-se cada vez mais *user-friendly* e acessíveis ao público em geral, mesmo para quem não tenha quaisquer capacidades ou conhecimentos de engenharia mecânica ou de mecânico. Se, por exemplo, fura um pneu, ou a bateria vai abaixo, há serviços que podem ser chamados e resolver o problema na hora (pensemos no ACP, por exemplo).

⁶³ FDM - Fusion Deposition Model - aparece como um termo protegido pela Stratasys Lda., enquanto a FFF - Fused Filament Fabrication - é o termo não protegido, espalhados pelos criadores RepRap *developers* para o mesmo tipo tecnologia de 3D

tecnologias básicas de impressão 3D, que se tornará acessível e *user-friendly*. Os preços que já estão a baixar ainda baixarão mais, o que constitui mais um factor de atracção que se acentuará com o tempo.⁶⁴

Para que esta simplificação se venha a verificar, é essencial um trabalho em equipas, conjugando diferentes tipos de competências, de modo a que o *software* e o *hardware* sejam desenvolvidos em conjunto, uma vez que são interdependentes.

Os direitos de autor e os direitos industriais, ou seja, a propriedade intelectual, colocam muitos desafios à impressão 3D e que são específicos desta tecnologia. Tanto o *software*, como os concretos ficheiros CAD, são susceptíveis de protecção, sobretudo por direitos de autor (mas também por modelos ou desenhos, via propriedade industrial, ou através de um cúmulo de protecções, via direito de autor e direito da propriedade industrial) e o *hardware* pode ser protegido por direitos de propriedade industrial, em particular, por patentes.

Um dos mais importantes problemas que já referimos atrás, mas que nunca é demais salientar, é o facto de os direitos de autor e os direitos da propriedade industrial poderem diferir consideravelmente nos diversos países, enquanto a tecnologia 3D é um fenómeno global.

Outro problema tem que ver com impressão propriamente dita. Se os utilizadores finais vão imprimir ficheiros em casa, as plataformas têm que garantir que os ficheiros CAD funcionam de forma adequada. Muitas vezes, os ficheiros CAD, que é comum utilizarem o formato .stl, contêm importantes erros. Nestas hipóteses, os utilizadores finais incorrem em custos relativamente elevados e podem perder a confiança na plataforma, passando a utilizar outra. Uma hipótese para resolver esta questão consiste na criação de uma certificação, que poderá ser mostrada nos rótulos ou em certificados que são concedidos e garantem que os ficheiros foram verificados de modo a apurar da existência ou não destes erros. A plataforma Layer-by-Layer já garante esta certificação⁶⁵. Outra solução, que se pode cumular com a primeira, poderá passar por serviços pós-venda eficazes.

A confiança é um factor essencial no domínio da *open source*, mesmo entre concorrentes. No domínio da tecnologia 3D há quatro principais actores, cujos papéis se podem parcialmente cumular. Os fabricantes (empresas), os utilizadores (na maioria, pessoas físicas, sujeitos privados), as plataformas (que podem ser empresas comerciais ou plataformas sem fins lucrativos) e os que desenvolvem as tecnologias (que podem estar ligados por contratos de trabalho, ou prestar serviços para as indústrias, ou serem também utilizadores, *user-developers/prosumers/makers*).

S. SPAETH e P. HAUSBERG identificam seis tipos de relações de confiança mais importantes neste contexto, sendo certo que nem sempre a confiança tem que ser

⁶⁴ No mesmo sentido, S. SPAETH e P. HAUSBERG, ob. cit., p. 68 ss.

⁶⁵ S. SPAETH e P. HAUSBERG, ob. cit., p. 69 ss.

mútua⁶⁶. Desde logo, deve haver confiança dentro das equipas que criam e desenvolvem as tecnologias 3D, entre os criadores centrais e os criadores periféricos. Esta confiança é fundamental, tanto no contexto das empresas, como nas comunidades e nos *user-developers*. Embora seja lugar-comum, a confiança pode ser, de facto, a diferença entre um projecto bem sucedido e um fracasso. Deve haver canais de comunicação entre os intervenientes, ricos em informação. Um ambiente de confiança cria efeitos psicológicos com potencial para reduzir os efeitos negativos da dispersão geográfica, da dependência electrónica e da estrutura heterogénea das equipas. Em segundo lugar, é fundamental a confiança entre os que criam e desenvolvem as tecnologias e as indústrias. Quem cria e desenvolve os projectos não pode ficar com a impressão de estar a ser usado como mão-de-obra barata. Se tal acontecer, pode abandonar o projecto ou, inclusive, deixar de trabalhar no futuro com a empresa que os tratou dessa forma. Há que cooperar e não explorar, criando alianças estratégicas. Inclusive, as indústrias podem encontrar-se no dilema de escolher entre efectivar os seus direitos de propriedade intelectual e proteger a sua imagem. Em terceiro lugar, há que realçar a confiança entre os criadores e as plataformas 3D. À semelhança das empresas, as plataformas podem afastar os criadores, que não mais desejam trabalhar para si, se puserem os seus interesses comerciais à frente e se os tratarem de forma menos adequada. Isto é particularmente relevante quando a plataforma não tem o seu próprio modelo de negócio, que lhe permite ser auto-sustentável, mas é parte do modelo de negócio da sociedade mãe, de cujo grupo faz parte. Em quarto lugar, é de destacar a importância da relação de confiança dos utilizadores nas plataformas. Embora o criador possa ser ao mesmo tempo utilizador, são dois papéis diferentes, que envolvem interesses diferentes que estão em causa. Se alguém é apenas utilizador do conteúdo de uma plataforma, tem que ter confiança na mesma, de forma a esta lhe assegurar, por exemplo, que não está a proporcionar a violação de direitos de autor ou de direitos da propriedade industrial. Os riscos serão baixos para os utilizadores finais, em todo o caso, na medida e que estes imprimam e partilhem os conteúdos 3D ao abrigo das excepções admitidas, designadamente para fins de uso estritamente privado e sem fins comerciais. No entanto, convém ter presente que não existe uma harmonização global a este nível, e as plataformas *online* actuam a nível global. Basta pensarmos na diferença entre o *fair use* típico do *Copyright* e as limitações e excepções pouco adequadas ao mundo digital e não harmonizadas na UE introduzidas pela criticável Directiva InfoSoc⁶⁷. Em quinto lugar, é muito importante a relação de confiança entre as diversas comunidades de criadores e das indústrias e os utilizadores finais. Estes têm que confiar naqueles que contribuem para o conteúdo das plataformas. Têm que poder confiar que os ficheiros disponíveis funcionam e cumprem os objectivos para que foram criados, designadamente, que podem ser impressos de forma correcta e que não são prejudiciais em situações menos previsíveis. Por exemplo, se se imprime em 3D um

⁶⁶ Ob. cit, p. 69 ss.

⁶⁷ Cf. T. RENDAS, “Fair Use na União Europeia (ou os estereótipos das *Copyright Wars*)”, *Propriedades Intelectuais*, 3, Junho (2015), pp. 26-39..

candeeiro decorativo mas muito pesado, ligado ao tecto, se a impressão tiver uma baixa qualidade e com erros, o candeeiro, para além de não servir os objectivos para que foi criado, pode ser perigoso. Além disso, há a ter em conta os vírus ou *bugs* que os ficheiros podem conter. Em sexto lugar há que referir a confiança entre as indústrias e as plataformas ⁶⁸. As indústrias têm que confiar que as plataformas observam os seus direitos de autor e direitos de propriedade industrial relativamente aos ficheiros criados, uma vez efectuado o *upload* para a plataforma. No passado isto era um não problema, na medida em que não havia consumidores-produtores. À medida que a acessibilidade à tecnologia 3D se tornar cada vez mais possível a nível doméstico, muitos problemas jurídicos começarão a surgir, a nível da Propriedade Intelectual. No que toca os utilizadores-produtores e comunidades de criadores, as plataformas têm que os divulgar ao público em geral, o que os expõe aos riscos de perderem vantagens competitivas ou, pior, perderem os seus modelos de negócio. Risco particularmente acentuado por haver dificuldade em efectivar os direitos de propriedade intelectual violados, a nível mundial, quando as legislações são territoriais e diversas, como já enfatizamos várias vezes.

No momento são muitas as questões em aberto. O movimento para o *software* livre funcionou muito bem no passado, será interessante ver em que medida o modelo de *open source* e colaborativo, quer em matéria de ficheiros CAD, quer em matéria de impressoras 3D, funcionará da mesma forma, ou seja, saber se serão criados ecossistemas ricos em conteúdos e práticas de desenvolvimento honradas, quer do ponto de vista das indústrias, que terão papel central, em princípio, quer por parte dos indivíduos (os *makers*). Será interessante verificar se o 3D colaborativo terá o mesmo impacto no desenvolvimento de novos produtos em empresas e por indivíduos e comunidades. Muitas das plataformas de armazenagem (*hosting*) e colaboração são criadas por sociedades comerciais, portanto, visam o lucro, em primeira linha. As contribuições voluntárias dos *makers* podem-se afastar destas plataformas e indústrias para evitarem ser empregados grátis ao serviço das mesmas. As plataformas que são vistas como neutras e justas recebem muito mais contribuições dos *makers*. É muito importante criar relações de confiança entre todas as partes envolvidas, embora tal seja muito complexo, atendendo aos conflitos de interesses. Em termos de futuro, está em aberto saber quem terá mais domínio em repositórios 3D, se são as indústrias e as suas plataformas ou as plataformas independentes.⁶⁹

Atendendo ao contexto actual, a protecção dos direitos de autor e, mais amplamente, dos direitos de propriedade industrial afigura-se um assunto problemático. Imitar ou melhorar produtos existentes, quer a nível de ficheiros, quer de impressoras

⁶⁸ S. SPAETH e P. HAUSBERG, P., ob. cit., p. 70 ss.

⁶⁹ Incidentes como o referido acima da Thingiverse serão de evitar. É muito importante criar relações de confiança entre todas as partes envolvidas, embora tal seja muito complexo atendendo aos conflitos de interesses. Concordamos por completo com S. SPAETH e P. HAUSBERG, ob. cit., pp. 59-73.

3D, dará por certo origem a muitos litígios⁷⁰. Impõe-se, por isso, uma mudança na legislação que se adapte a esta nova realidade⁷¹. De qualquer modo, estamos confiantes

⁷⁰ Exemplos de alguns casos: A Super Bowl de 2015 gerou uma controvérsia pública sobre a lei dos direitos de autor, os memes da Internet (imagens virais) e a impressão em 3D. Em 2015, a cantora pop Katy Perry apresentou-se no intervalo da Super Bowl com um conjunto de canções de sucesso e um medley de Missy Elliott. A sua actuação foi suplantada por um de seus dançarinos, Bryan Gaw, que envergava uma fantasia de tubarão. Enquanto o tubarão da direita executava a coreografia como planeado, o tubarão esquerdo (Left Shark) improvisava e actuava de forma um pouco diferente. A personagem do Left Shark foi objecto de aclamação popular entre o público espectador e tornou-se viral na Internet. Esta reacção não estava prevista, nem pelo directores do espectáculo da Super Bowl. O artista político e maker Fernando Sosa logo se destacou como "escultor político", vendendo os seus figurinos impressos em 3D na Shapeways. Aliás, a sua história já era bem conhecida, por se dedicar à paródia e sátira de uma vasta gama de formas de cultura popular. Sosa decidiu criar uma figura 3D do Left Shark na sequência da Super Bowl. Os advogados de Katy Perry enviaram uma carta para o site de impressão 3D Shapeways, reclamando os direitos sobre o design do Left Shark, insistindo que tinha havido uma violação de direitos de autor, invocando a secção 17 U.S.C. §106. O gigante da impressão 3D, Shapeways, respondeu afirmando que a atitude da cantora era lamentável. A Shapeways retorquiu que, por amar a sua comunidade e querer ser sempre capaz de apoiar os seus projectos e designs, tem com política aceitar que os fãs possam criar produtos inspirados pelas coisas de que gostam, esperando que marcas e celebridades tomem isso em consideração e queiram trabalhar junto com os fãs para criar produtos incríveis. O advogado da Shapeways, Michael Weinberg, foi céptico em relação às reivindicações de direitos de autor feitas pelos advogados de Katy Perry. No final, a Shapeways manteve o Left Shark de Fernando Sosa. Este lançou uma campanha para se defender contra as acusações de que era alvo. Christopher Sprigman, da Universidade de Nova York, co-autor de *The Knockoff Economy*, exibiu argumentos excelentes a favor de Fernando Sosa nesta disputa. O jurista questionou se seria sensato intentar uma acção legal em relação a um meme de Internet viral, questionando os advogados de Katy Perry sobre a eventual protecção por direitos de autor de Kate Parry sobre o traje do Left Shark, explicando que os tribunais federais e o Copyright Office dos EUA sempre deixaram claro que os trajes geralmente não são protegidos por direitos de autor. Além disso, admitindo, sem prescindir, a existência de direitos de autor, questionou porque seriam de Kate Parry, já que a mesma não tinha projectado ou desenhado o traje em causa, tanto mais que não era ela quem controlava o conteúdo do seu espectáculo, mas sim a NFL (Liga Nacional de Futebol Americano). Sprigman sugeriu que os advogados de Katy Perry desistissem completamente da acção: Fernando Sosa permaneceu impávido perante o conflito, oferecendo uma ampla gama de versões do Left Shark no seu site "Escultor Político". Além de um tradicional "Tubarão Esquerdo", Sosa também tem um "Tubarão Bêbado", um "Tubarão Cor de Rosa Bêbado", um "Tubarão Esquerdo Personalizado", um "Tubarão Esquerdo Cessa e Desiste", um "Tubaronado Esquerdo", um "Vem cá pá - Tubarão Esquerdo", e um "Advogado Tubarão Esquerdo", com um bigode. Sosa estava interessado em exercer os seus direitos e liberdades sob a ampla e flexível defesa do uso livre ao abrigo da Primeira Emenda. Kate Perry perdeu a causa. Ainda tentou registar a marca Left Shark no USPTO. Também não conseguiu registar a marca. Com mais pormenores https://en.wikipedia.org/wiki/Left_Shark (último acesso em 28-04-2017), <https://3dprint.com/tag/fernando-sosa/>, (último acesso em 29.04.2017) Rimmen, ob. cit., pp. 55-60.

Outra questão interessante tem a ver com o debate jurídico sobre direitos de autor e *designs* das claques no caso de 2015 de *Varsity Brands, Inc. v. Star Athletica, LLC*. *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 580 U.S. (2017), foi um caso em que a Suprema Corte dos Estados Unidos interpretou a Lei de Direitos Autorais de 1976 - especificamente a parte codificada em 17 U.S.C. § 101 - para determinar quando uma "característica pictórica, gráfica ou escultural" incorporada em um artigo útil é elegível para protecção de direitos autorais. [1] O tribunal estabeleceu um teste de dois pontos, decidindo que tais elementos são elegíveis para o *copyright* "somente se o recurso (1) puder ser percebido como uma obra de arte bidimensional ou tridimensional separada do artigo útil e (2) Como uma obra pictórica, gráfica ou escultórica protegível - quer por si própria ou fixada em algum outro meio de expressão tangível - se fosse imaginada separadamente do artigo útil em que foi incorporada. Com mais detalhe, RIMMEN, ob. cit., pp. 69-73.

⁷¹ A Comissão Europeia, por exemplo, identificou a impressão 3D como uma área prioritária para a acção com potencial económico significativo, especialmente para pequenas empresas inovadoras. Em muitos casos está a ser repensada a capacidade das disposições legais existentes para orientar esta nova tecnologia, particularmente no que diz respeito à propriedade intelectual (IP). A tecnologia de impressão 3D afecta praticamente todas as áreas do direito IP: direitos de autor, patentes, modelos e desenhos, marcas, até mesmo indicações geográficas. Várias questões estão em debate. As leis actuais de Propriedade Intelectual servem ou precisam de ser reformadas? Os direitos de propriedade intelectual existentes asseguram protecção adequada para todos os envolvidos nas tecnologias 3D? Será que faz sentido considerar a criação de um direito sui generis para a impressão 3D para enfrentar os desafios emergentes, tal como aconteceu com as bases de dados? A tecnologia 3D torna tecnicamente possível copiar quase qualquer objecto, com ou sem a autorização dos titulares de direitos. Como é que as leis de propriedade intelectual podem lidar com

no Direito de Autor (e no Direito Industrial) que surgiu e sempre evoluiu à medida que foram surgindo novas tecnologias, havendo sempre que proclamasse o seu fim, saberá adaptar-se. Nunca um sector do Direito esteve tão ligado à tecnologia como este. Por isso, estamos certas de que, seja através de tratados multilaterais, seja através da harmonização da legislação no âmbito da UE, surgirão, como no passado, formas de acautelar os direitos de propriedade intelectual e de permitir limitações e excepções adequadas e harmonizadas. No contexto da UE a Directiva InfoSoc tem que ser urgentemente revista e dar lugar a uma Directiva mais consentânea com esta nova tecnologia. Basta pensarmos que também a Directiva não servia em matérias órfãs e que acabou por surgir uma Directiva já transposta para o nosso ordenamento que, embora com bastantes defeitos, constitui já um grande avanço em termos de soluções. A nível de tecnologias 3D, terão que ser desenvolvidas licenças adequadas e normas éticas quanto a saber como os ficheiros podem ser usados, alterados, distribuídos, ou por qualquer forma explorados. Todos os actores interessados neste novo mundo tecnológico, juristas e legisladores, terão que chegar a soluções adequadas.

Em termos do que já existe, deveremos considerar que o *upload* de ficheiros sem licenças claras estarão, por defeito, protegidos por direitos de autor e que a impressão e distribuição desses ficheiros, que se traduz também em formas de exploração, será ilegal se não tiver a autorização dos titulares de direitos de autor na maioria das legislações, a nossa incluída (cf. artº 68º).

Parece-nos que, tal como aconteceu com o *software*, a música e o audiovisual, com esta nova tecnologia as indústrias terão que adaptar os seus modelos de negócio para sobreviverem e ganharem com a impressão 3D. Num ambiente de contribuição colaborativa (*crowdsourcing*) como é o da tecnologia 3D, em que há várias fontes de onde podem surgir os ficheiros, se as indústrias se concentrarem apenas na produção poderão atravessar graves dificuldades. Não é por acaso que a IDEO, líder em I&D, pro-activamente já criou a sua própria plataforma para “crowdsourcing” e inovação, denominada “OpenIdeo”. O exemplo pode ser seguido por outras indústrias, embora tenha a limitação de a plataforma não ser neutra.

Muitos já proclamaram o fim da indústria (*disrupt of manufacturing industry*). Para nós, não se trata do fim, mas de uma imperiosa mudança de paradigma. Se as indústrias criativas a este nível se mantiverem como empresas solitárias e baseadas em modelos de negócios tradicionais, é natural que não sobrevivam, porque não terão capacidade para se adaptar ao ritmo de desenvolvimento destas novas tecnologias. Mas se adaptarem os seus modelos de negócio e se abrirem à contribuição colaborativa, num

isto? Qual é a situação para os makers amadores e qual a situação para os utilizadores finais que imprimem objetos na privacidade da sua própria casa? Será que as convenções internacionais existentes, nomeadamente a Convenção de Berna, os Tratados OMPI 1996, o Acordo TRIPS, a Convenção de Paris, os Regulamentos Roma I e II (sobre lei aplicável), Regulamento de Bruxelas e Convenção de Lugano (sobre jurisdição competente), chegam para resolver os problemas que se colocam a nível internacional? Parecem que não. Com mais detalhe, especificamente sobre as leis de Propriedade Intelectual, veja-se http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/01/article_0006.html (último acesso em 30.04.20179).

ambiente de confiança entre os diversos actores do mercado, certamente a evolução será favorável, tanto para as indústrias, como para todos os actores envolvidos neste novo contexto.⁷²

7. Conclusões

As tecnologias de impressão 3D revolucionam as formas de produção e de consumo, fazendo-nos entrar numa era totalmente diferente, que terá o seu auge no *make it yourself*, no consumidor-produtor. Em relação ao Direito de Autor, tanto pode ser protegida a obra incluída num concreto ficheiro CAD/BIM, no qual se encontra inevitavelmente fundida, como o objecto impresso em 3D, desde que satisfeitos os requisitos gerais de protecção como obra. O objecto impresso em 3D também pode ser protegido só pelo Direito Industrial, caso se verifiquem apenas os requisitos de protecção como modelo. É também possível o cúmulo de protecções. A digitalização e difusão dos ficheiros CAD, contendo obras protegidas, através da *Internet* implica sérios riscos de violação dos direitos morais e patrimoniais dos autores ou titulares de direitos, tal como já aconteceu em matéria de música e audiovisual. Para atenuar os riscos, poder-se-á recorrer a medidas tecnológicas de protecção e sistemas de informação e gestão (ou DRMs) que, no entanto, tal como estão previstos na Directiva InfoSoc, não são satisfatórios, porque não garantem as utilizações livres lícitas, podendo causar um *chilling effect* nestas novas tecnologias. Por outro lado, os limites e excepções da Directiva InfoSoc não estão harmonizados, criando discrepâncias dentro da própria UE não estão adequados ao ambiente digital. Já bastam as discrepâncias de regime no contexto mundial. Atendendo ao contexto actual e que se prevê acontecer, a protecção dos direitos de autor e, mais amplamente, dos direitos de propriedade industrial afiguram-se um assunto problemático. Imitar ou melhorar produtos existentes quer a nível de ficheiros, que de impressoras 3D dará por certo origem a muitos litígios. Impõe-se, por isso, uma mudança na legislação que se adapte a esta nova realidade. De qualquer modo, estamos confiantes no Direito de Autor (e no Direito Industrial) que surgiu e sempre evoluiu à medida que foram surgindo novas tecnologias, havendo sempre quem proclamasse o seu fim. Nunca um sector do Direito esteve tão ligado à tecnologia como este. Por isso, cremos que, seja através de tratados multilaterais, seja através da harmonização da legislação no âmbito da UE, surgirão, como no passado, formas de acautelar os direitos de propriedade intelectual e de permitir limitações e excepções adequadas e harmonizadas. No contexto da EU, a Directiva InfoSoc tem que ser urgentemente revista e dar lugar a uma Directiva mais consentânea com esta nova tecnologia. Basta pensarmos que também a Directiva não servia em matérias órfãs e que acabou por surgir uma Directiva já transposta para o nosso ordenamento que, embora com defeitos, constitui já um grande avanço em termos de soluções. A nível de

⁷² No sentido defendido no texto, sem criar o anúncio do fim das indústrias de manufactura, se pronunciam também S. SPAETH e P. HAUSBERG, ob. cit., p. 70 ss.

tecnologias 3D, terão que ser desenvolvidas licenças adequadas e normas éticas quanto a saber como os ficheiros podem ser usados, alterados, distribuídos, ou por qualquer forma explorados. Todos os actores interessados neste novo mundo tecnológico, juristas e legisladores, terão que chegar a soluções adequadas. Os contratos, nomeadamente as licenças *creative commons* e *open source*, podem ser muito interessantes. A gestão colectiva parece-nos indispensável. É discutível se a excepção de cópia privada, tal como prevista nos arts. 75º, nº2, 1 e 81º, nº2, b) serve neste contexto, uma vez que está sujeita à regra dos três passos da Convenção de Berna, e a cópia privada que se prevê vir a acontecer em larga escala, poderá afectar a normal exploração das obras.

A impressão 3D é particularmente complexa para o legislador. Há que procurar garantir um equilíbrio entre os direitos de propriedade intelectual e os direitos dos consumidores, em particular, ter em consideração o movimento dos *makers*, que cada vez mais se acentua. Mas os legisladores terão que ser particularmente ponderados e cuidadosos para não se abrir uma caixa de Pandora. Como é intrínseco à origem e ao desenvolvimento do Direito de Autor (e do Direito industrial), cada nova tecnologia implica novos desafios a que este é chamado a responder. Muitas vezes se tem proclamado o seu fim, mas sempre se tem revelado capaz de se adequar a cada novo desenvolvimento. Quanto às tradicionais indústrias de manufactura, também não estão condenadas a desaparecer se se souberem adaptar aos novos modelos de negócios, designadamente se se abrirem à criação colectiva e desenvolverem as suas plataformas de fornecimento de ficheiros e impressão 3D.

Referências

- Ascensão, José de Oliveira, Direito de Autor e Direitos Conexos, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- Ballardini, Rosa Maria / Noorgård, M. / Minssen, T., “Enforcing Patents in the Era of 3D Printing”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, (11), (2015), pp.850-866.
- Bercovitz Álvarez, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Carrancho Herrero, M^a Teresa, “El concepto de obra plástica y la impresión en 3D”, *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor*, Espín Alba, Isabel (coord.), Colección de Propiedad Intelectual, Rogel Vide, C. (Dir.), Fundación aigse, Reus, Aseda, Madrid (2014).
- Espín Alba, Isabel, *Obras huérfanas y derecho de autor*, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2014.
- Gkartzou, Eleni / Koumoulos, Elias P. / Costas, A. Charitidis, “Production and 3D printing processing of bio-based thermoplastic filament”, *Manufacturing Review*, 4, 1 (2017), p. 1 ss.

- Gonçalves, L. M. Couto, *Manual de Direito Industrial, Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 6º ed., 2015.
- Gonçalves, L. M. Couto / Campinos, António / Robalo, André / Albuquerque, Carla / Lopes, Inês Vieira / Marcelino, João / Ramos, Maria João / Gusmão, Miguel / Vilela, Telmo. Campinos, António, Gonçalves, L. M. Couto (Coords.), *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª ed. Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2015.
- Haffner, Maria Charlotte, *3D im Urheberrecht, Eine urheberrechtliche Analyse ausgewählter Verfahren zur Bilderzeugung und -bearbeitung, zur Objectvermessung und -replication*, Grünberger, M., Klasse, N. (Herausg.) UFITA, 278, NOMOS, BADEN-BADEN, 2016
- Hegab, Hussien A., “Design for additive manufacturing of composite materials and potential alloys: a review”, *Manufacturing Review*, 3, 11 (2016), p. 1 ss.
- Le Goffic, Caroline e Vivès-Albertini, Aude, “A impressão 3D e os Direitos de Propriedade Intelectual (1ª Parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 3 (2015), pp.40-55.
- Le Goffic, Caroline e Vivès-Albertini, Aude, “A impressão 3D e os direitos de propriedade intelectual (2ª Parte)”, *Propriedades Intelectuais*, 4 (2015), pp. 15-25.
- Li, P. / Mellor, S. / Griffin, N. J. / Waelde, C. / Hao, L. / Everson, R., “Intellectual Property and 3D Printing: A case study on 3D chocolate printing”, *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 9, 4 (2014), pp. 322-332.
- Leitão, L. M. Teles de Menezes, *Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2011,
- Ramalho, Ana, “Impressão 3D, Direito de Autor e outros Direitos de Propriedade Intelectual”, *Revista de Direito Intelectual*, II (2015), pp. 21-36.
- Rimmen, M., “The Maker Movement, Copyright Law, Remix Culture and 3D Printing”, *The University of Western Australia Law Review*, 41, 2 (2017), pp. 51-81.
- Rocha, Maria Victória, “Contributos para a delimitação da ‘originalidade’ como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Volume II: Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 733-792”.
- Rocha, Maria Victória, “Contributos para a delimitação da ‘originalidade’ como requisito de protecção da obra pelo Direito de Autor”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra (2008), pp. 733-79.
- Rocha, Maria Victória, “Protecção cumulativa do design como obra e como desenho ou modelo quando o criador é um trabalhador dependente: o caso português”, Tóbio Rivas, A. Maria / Fernández-Albor Baltar, A. / Tato Plaza, A. (Eds.) *Estudios de Derecho Mercantil, Libro de Homenaje al Prof. Dr.h.c.José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 883-898.

- Rocha, Maria Victória, “Dispositivos tecnológicos de Protecção, Informações para gestão electrónica de direitos e utilizações livres no Direito Português: um desequilíbrio em desfavor dos utilizadores”, ADI, 33 (2012-2013), pp. 429-446.
- Rocha, Maria Victória, Portugal, nº 104, International Encyclopaedia of Laws: Intellectual Property, VANHEES, H (ed.), Kluwer Law International, Netherlands, 2017.
- Sáiz García, Concepción, Objeto y Sujeto del Derecho de Autor, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Schmoll, A. / Ballestrem, J. Graf / Hellenbrand, J. / Soppe, M., “Dreidimensionales Drucken und die Vier Dimensionen des Immaterialgüterrecht”, GRUR, 11 (2015), pp. 1041-1144.
- Spaeth, S. / Hausberg, P., “Can open-source hardware disrupt manufacturing industries? The role of platforms and trust in the rise of 3D printing”, Ferdinand, J. P., Petsschow (Hergs.), The Decentralized and Networked Future of Value Creation: 3D Printing and its implications for Society Industry and Sustainable Development, Springer, Berlin, 2016, pp. 59-73.
- Tran, J., “The Law and 3D Printing”, The John Marshal Journal of Information Technology and Privacy Law (2015), p. 508 ss.
- Wohlers Report 2016, 3D Printing and Additive Manufacturing State of the Industry. Annual World Wide Progress Report, Wohlerassociates, 2016.
- Vicente, D. Moura, Direito Internacional Privado, Ensaios, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010.
- ViguiÈ, Clara, “La démocratisation des Imprimantes 3D et le Droit D’Auteur, RIDA (Outubro, 2014), pp. 47-164.

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DOS TOXICÔMANOS VERSUS POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS: EM QUAL PREVALECE OS DIREITOS HUMANOS?

COMPULSORY TREATMENT OF DRUG ADDICTS VERSUS HARM REDUCTION POLICY: IN WHICH PREVAILS HUMAN RIGHTS?

Margareth Vetis Zaganelli¹

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Érica Bianchi Piva²

Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)

Sumário: Introdução; 1. Ações do Sistema Único de Saúde (SUS) no tratamento dos toxicômanos no Brasil; 2. O questionamento sobre a legalidade da aplicação da lei 10.216/ 2001 e outras legislações; 3. Usuário de drogas: judicialização das internações de dependentes químicos e os direitos humanos; a) Judicialização das políticas públicas; 4. Justiça Terapêutica; 5. Políticas públicas sobre drogas: as experiências de outros países; 6. Terapias de substituição: possibilidade de um tratamento eficaz; Conclusão; Referências

Introdução

O direito à liberdade corolário da luta contra governos autocráticos atualmente se esbarra no dever de tutela do Estado de garantir a saúde pública e a individual mesmo daqueles que optaram por degradá-las. O direito à saúde, intrinsecamente relacionada com a dignidade da pessoa humana erigida na atual Constituição Federal, está previsto em seu artigo 196 como direito de todos e dever do Estado, cabendo a este sua defesa, promoção e recuperação.

E é na busca da recuperação dos dependentes químicos que surge a polêmica sobre os meios utilizados pelo Estado para se atingir tal fim. Sobre o assunto, a maior discussão gira em torno da internação compulsória. A seu respeito, são questionadas sua eficácia, legalidade e a legitimidade por parte do Estado em determinar tal extrema medida. Afinal, mesmo que o objetivo seja altruísta, a internação compulsória não deixa de ser um cerceamento da liberdade individual, que deve funcionar em ultima ratio, quando todas as vias extra-hospitalares não se mostram eficazes e o indivíduo ofereça riscos tanto à sua própria segurança quanto à segurança de outrem.

¹ Doutora em Direito (UFMG). Mestre em Educação (UFES). Estágio Pós-doutoral na Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e na Alma Mater Studiorum Università di Bologna (UNIBO). Professora Titular da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Bioethik (UFES) e do Grupo de Pesquisa Direito e Ficção (UFES). E-mail: mvetis@terra.com.br.

² Graduada em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: erica-bianchi@hotmail.com

Nesse sentido, longe de aqui já restar esgotada a opinião sobre o tema, é necessário, primeiramente, apresentar e analisar tanto as alternativas de tratamento ofertadas pelo sistema de saúde pública do Brasil quanto a legislação vigente sobre o assunto, para então, adentrar nos aspectos sobre a judicialização da internação dos dependentes químicos, trazendo a lume o questionamento existente por de trás dessa medida, ao analisar qual escolha entre o direito à liberdade ou à saúde individual/coletiva deve predominar. Posteriormente, vale mencionar os aspectos constitucionais da internação compulsória e sua relação com os Direitos Humanos contrapondo tal medida com a política de redução de danos.

Do mesmo modo, também se mostra elementar apresentar as experiências de outros países com suas políticas públicas sobre drogas, além de discorrer sobre as peculiaridades da justiça terapêutica e semelhantes medidas adotadas pelo mundo, de modo que seja possível eleger a terapia de substituição somada a outros tratamentos ambulatoriais como a medida que se mostra mais apta e eficaz na redução de danos causados pela dependência química e recuperação da dignidade do usuário. Para tanto, este estudo se utiliza da metodologia descritiva baseada em levantamento bibliográfico na literatura científica e em bases de dados do Ministério da Saúde.

1. Ações do Sistema Único de Saúde (SUS) no tratamento dos toxicômanos no Brasil

O problema da dependência química traz consigo irradiações negativas que vão além da esfera privada do usuário e atinge toda uma sociedade que atualmente, como no caso do Brasil, se vê obrigada a conviver com a violência e insegurança pública advindas das “cracolândias” cujo nome se dá devido a aglomeração em locais públicos (como ruas e praças) por aqueles que são denominados pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) como usuários disfuncionais³.

Tendo em vista o dever de tutela à saúde individual devida pelo Estado, mesmo que o problema da dependência química residisse apenas na esfera individual do dependente, as políticas públicas de combate à dependência já seriam imprescindíveis. Contudo, o problema já é considerado caso de saúde pública, o que em regra justifica a prevalência do interesse público sobre o individual. Nessa esteira a discussão consiste no questionamento se a liberdade individual, direito de defesa se sobrepõe à segurança pública e consequente liberdade coletiva, direitos de prestação⁴. Haja vista que, em alguns casos mais graves, os dependentes químicos oferecerem risco não só a si mesmos,

³ DIAS BELTRANI, M. A. *Políticas Públicas para o Combate de drogas no Brasil*, 2011, 51 f., Monografia (Curso de Graduação em Direito) Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011, P. 31. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-0635f6ff3a902553a60464031931a8fe.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

⁴ MENDES FERREIRA, G; BRANCO GONET, P. G. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 159-160.

mas a outras pessoas, já que, não raras vezes, a ânsia pela droga leva o indivíduo a quadros de violência⁵.

Destarte, faz-se imperioso apresentar quais são esses programas dos quais o Estado lança mão para tentar reverter essa situação.

Como maior referência de atuação estatal tem-se os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). As ações do programa contam com a atuação de equipes multidisciplinares e são dirigidas não só aos indivíduos que necessitam do atendimento, mas também às suas famílias, objetivando a reinserção social e familiar.

No programa os serviços são personalizados e existe uma preferência pelo tratamento ambulatorial ao invés da internação, apesar desta também ser prescrita e fornecida para os casos mais graves nos quais o usuário perdeu o suporte familiar. Já para aqueles que não necessitam de internação, o tratamento conta com a utilização de medicamentos para minimizar os efeitos da abstinência e eventuais sequelas que o vício já proporcionou, além de terapias e um trabalho de desintoxicação. Com o programa CAPS AD 24, para os casos mais graves, o atendimento é 24 horas⁶. No entanto, vale dizer que a atuação 24 horas ainda não se dá em todos os municípios que tenham o número de habitantes compatíveis com o programa que é acima de 100 mil habitantes. Em atuação conjunta ao CAPS estão as Unidades de acolhimento de caráter residencial, todavia sua cobertura ainda é pequena, tendo em vista que até o ano de 2014 somente 21 unidades se encontravam em funcionamento⁷.

O Ministério da Saúde, pela Portaria nº 1.612 de 2005, instituiu o Serviço Hospitalar de Referência para álcool e outras drogas (SHRad) nos hospitais gerais em municípios com mais de 200 mil habitantes. Este tem por função atender as emergências causadas pelo consumo das drogas e álcool, como os casos de overdose. Em suma, a rede de atenção psicossocial (RAPS) oferece atendimento em Hospitais Gerais, por meio de internações de curta duração àqueles que se encontram em sofrimento físico e psíquico em decorrência do uso de drogas e álcool, como os quadros de abstinências e intoxicações graves. No entanto, de acordo com uma estatística feita pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil oferece apenas 0,34% dos leitos que deveria ofertar para o tratamento dos toxicômanos⁸. Isso em números significa 11,5 mil leitos distribuídos entre

⁵ BENNETT, T; HOLLOWAY, K; FARRINGTON, D. The statistical association between drug misuse and crime: A meta-analysis. *Agression and Violent Behavior*, vol. 13, no. 2, Mar.-Apr, pp. 107- 118, 2008.

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégicas; Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas (coord). *Saúde mental em dados 12 edição da saúde mental em dados*, Ano 10, nº 12, 2015, p 19. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/430410/RESPOSTA_PEDI_DO_SMD%2012%20-%20Verso%20para%20o%20Site%202.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

⁷ XAVIER, R. T.; MONTEIRO KIELING, J. "Tratamento de Pacientes Usuários de crack e outras drogas nos CAPS AD". *Psic. Rev.* São Paulo, v. 22, n.1, 61-82, 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/viewFile/16658/12511>. Acesso em: 13 jun. 2017

⁸ "BRASIL oferece 0,34% dos leitos que seriam necessários para tratamento de dependentes químicos". *Em Discussão*. Brasília. 2011. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/tratamento-para->

2,5 mil leitos nos hospitais gerais e 9 mil leitos nos Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas (CAPS-AD)⁹.

Outrossim, a política de saúde mental no Brasil, que engloba a assistência aos dependente químicos, foca nos programas de desinstitucionalização com os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), e o programa de Volta para Casa. No primeiro, a atuação se atém a um trabalho de resgate da autonomia para a reinserção na sociedade das pessoas que passaram por longos períodos de internação, mas que a partir de então, passam por unidades residenciais que contam com os serviços de saúde em maior ou menor intensidade a depender da necessidade do morador. Assim, metaforicamente, podem ser comparados a passarinhos engaiolados que necessitam de uma reserva ambiental antes de voltarem à floresta aberta. Segundo dados do Ministério da Saúde no ano de 2014 o país se encontrava com 610 unidades em funcionamento que contavam com uma média de 3.475 moradores. Já quanto ao programa de volta para casa, instituído pela Lei nº 10.708 de 2003¹⁰, esse corresponde a um auxílio pecuniário, no valor de R\$ 240,00, àqueles que tentam restabelecer o convívio social¹¹.

Não obstante tais ações, a realidade mostra o aumento do número de usuários. Logo, faz-se necessário indagar quais as principais causas da impotência do sistema público. Para responder essa pergunta é importante mencionar que entre os anos de 1995 e 2003 as ações estavam concentradas nas mãos do governo federal que contavam basicamente com um plano de redução de danos (PRD). A decadência do programa teve início com a passagem da responsabilidade da execução das políticas públicas de saúde para os Estados e Municípios, que diferentemente da União, não tinham a prática com esse tipo de atuação o que acabou por enfraquecer o programa e reduziu o número de núcleos que ofereciam os serviços. Pois:

Em 2003, segundo dados da OMS¹¹ o Brasil contabilizava 279 PRD. Com a transferência dos financiamentos do Ministério da Saúde para os estados e municípios, a partir de 2004 houve um rápido declínio do número destes Programas. Dos 136 PRD ainda existentes em 2005, os 45 que responderam ao questionário de um estudo realizado por Massard e cols. revelaram grande fragilidade em seu funcionamento: 85,8% tinha equipe técnica constituída por autônomos ou voluntários; apenas a metade tinha equipes com coordenador,

[dependentes-quimicos/brasil-oferece-034-dos-leitos-que-seriam-necessarios-para-tratamento-de-dependentes-quimicos.aspx](#).> Acesso em: 15 jun. 2017.

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde, op. cit., p. 19, nota 5.

¹⁰ BRASIL. [Lei no 10.708, de 31 de julho de 2003](#), de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 15 jun. de 2017.

¹¹BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégica; Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas (coord). Saúde mental em dados 12 edição da saúde mental em dados. Ano 10, nº 12, 2015, p. 19. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/430410/RESPOSTA_PEDIDO_SMD%2012%20-%20Verso%20para%20o%20Site%202.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

supervisor e redutor de dano e a quase totalidade ainda dependia exclusivamente de recursos federais¹².

Desse modo, apesar de posteriormente terem sido implementados os programas supramencionados, sua eficácia resta prejudicada por dependerem da atuação conjunta de outros programas como o denominado Estratégia de Saúde da Família (ESF) que pelo fato do uso de entorpecente não ser o seu foco, os profissionais da saúde, por inexperiência e receio, acabam se afastando dos locais onde o uso da droga e álcool se faz presente, o que dificulta que os casos cheguem até os CAPS da região¹³.

Todavia também é notória a falha da atuação do CAPS que inerte espera que o usuário, que em muitos casos não tem o discernimento e força para pedir ajuda, procure os centros pra se tratar. Desse modo uma das falhas reside na atuação passiva do CAPS quando na verdade deveria ser mais ativa, indo até o problema com uma abordagem sutil e convincente.

Apesar do exposto em 2011 a política Nacional de Atenção Básica (PNAB) criou equipes que atuam em consultórios nas ruas, que de forma itinerante levam atendimento, psiquiátrico, psicológico, médico e de assistência social aos moradores de rua. Todavia a atuação ainda se mostra pequena tendo em vista a demanda¹⁴.

2. O questionamento sobre a legalidade da aplicação da lei 10.216/ 2001 e outras legislações

A Lei 10.216, de 2001, chamada de lei da reforma Psiquiátrica, foi criada para regulamentar as ações do governo e dos familiares sobre os indivíduos acometidos por doenças mentais. A lei traz três formas de internação, e dispõe que¹⁵:

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro;

III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

¹² MATTOS ANDRADE, T. "Reflexões sobre políticas de drogas no Brasil", *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.16, no.12, Dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300015>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹³ Ibid.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Saúde, op. cit., p. 8, nota 9.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10216.htm>. Acesso em: 9 jun. 2017.

Inobstante que a referida lei menciona que se dirige à proteção das pessoas portadoras de doenças mentais, pelo fato de não dispor expressamente sobre os dependentes químicos alguns estudos defendem que a aplicação da lei para fins de internação involuntária ou compulsória seria ilegal, pois se estaria diante de uma analogia *in malam partem*, haja vista a internação involuntária ou compulsória ser considerada um cerceamento de liberdade¹⁶.

Entretanto este estudo não compartilha de tal entendimento pelo simples motivo de compreender a dependência química como uma espécie de doença mental, pois já dizia Cezar Roberto Bitencourt¹⁷: “A embriaguez patológica manifesta-se em pessoas predispostas, e assemelha-se à verdadeira psicose, devendo ser tratada, juridicamente, como doença mental” e isso já basta para a lei em comento lhe abarcar.

Ademais, vale mencionar que tal posicionamento está em consonância com o entendimento da OMS exposto no Relatório Mundial da Saúde¹⁸.

A despeito disso, tramita no congresso o projeto de lei 7663 de 2010, de autoria do deputado Osmar Terra (PMDB-RS), que tem por objetivo disciplinar especificamente sobre as internações dos dependentes químicos, incluindo tal previsão na Lei 11.343 de 2006¹⁹.

Ainda no que toca os aspectos da ilegalidade, suscita-se que na verdade, reside na internação voluntária que se torna involuntária, que ocorre quando o paciente manifesta desinteresse na continuidade do tratamento, mas contra sua vontade é obrigado a continuar. Essa modalidade está prevista na portaria MS/GM nº 2.391/02 responsável por regulamentar a fiscalização dos tratamentos pelo Ministério Público. Em seu artigo 10 está previsto que após a manifestação do paciente pela descontinuidade do tratamento o Ministério Público deve ser comunicado em até 72 horas, sendo necessário a partir de então, que o Gestor Estadual de Saúde constitua uma Comissão Revisora das Internações Psiquiátricas Involuntárias que em sete dias deve emitir um parecer²⁰.

Ocorre que, se há críticas quanto à ilegalidade da internação compulsória, clara e evidente esta reside nesta última modalidade de internação, pois como está expresso na

¹⁶ SOUZA, S. C.; KIEFER DA SILVA, S. "A internação compulsória de dependentes químicos: a prática sob a ótica da Nova Ordem Constitucional", *Letras Jurídicas*, Belo Horizonte, n. 2. 17 set. 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=490>. Acesso em: 20 Jun. 2017

¹⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 17. Ed, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 1083.

¹⁸ OMS. RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE. Português. *Saúde mental: nova concepção, nova esperança*. Tradução de Climepsi Editores. 1.^a ed. Lisboa, Abr. 2002. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_djmessage_po.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹⁹ FIDALGO PINHEIRO, R; FERREIRA DE MELLO, L. "A medida de internação compulsória de dependentes de crack e o direito à saúde", *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 125-148, jan./jun. 2017. p. 131. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/a002faa5ac6b9e02d6ffb2511e811310.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2017.

²⁰ SILVA FERREIRA, A. C. "Reflexões sobre a proposta de internação compulsória de dependentes químicos", *Ciências Sociais Aplicada em Revista*, Paraná, v. 13, n. 25, 2013 p. 142.

Constituição Federal em seu artigo 5º inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. E apesar de haver lei em sentido estrito tratando da internação compulsória, a sua forçosa manutenção nos casos de desistência estaria se respaldando numa portaria (MS/GM nº 2.391/02), o que, flagrantemente, está em desacordo com a máxima da estrita legalidade que o referido dispositivo constitucional preconiza para as restrições de liberdade. Logo, a manutenção da internação contra a vontade do internado com base numa portaria, caracteriza o cerceamento ilegal da liberdade, desafiando o remédio constitucional *Habeas Corpus*.

3. Usuário de drogas: judicialização das internações de dependentes químicos e os direitos humanos.

Como mencionado no tópico anterior, tal modalidade de internação retira seu fundamento legal da lei 10.216/2001, que especificadamente no artigo 9º prevê que: “A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários”

A internação compulsória pressupõe laudo médico psiquiátrico indicando que é o único meio recomendável ao caso. Para que a sensação de privação de liberdade seja minimizada, o lugar da internação não pode apresentar características asilares e deve ser fiscalizado pelo Ministério Público Regularmente²¹.

Tema de discussão nacional, a polêmica sobre a internação compulsória, recentemente, ganhou destaque no Brasil devido à ação da prefeitura de São Paulo que, por meio de um pedido anexo a uma ação civil pública que já estava em curso, solicitou ao judiciário passe livre para obrigar os usuários de drogas da região da cracolândia à avaliação médica, o que por sua vez culminaria em pedido de internação que seria deferido, tendo em vista que todos os pedidos seriam direcionados a um juiz que é favorável à internação. Felizmente a pedido do Ministério Público e da Defensoria Pública a decisão liminar foi derrubada pela segunda instância²².

O referido episódio mostrou como o tema divide opiniões tanto entre estudioso quanto entre a população geral, tendo em vista que a questão traz o conflito entre dois direitos fundamentais como o direito à liberdade versus o direito à vida, ou seja, o conflito de aplicação entre um direito de abstenção (negativos) versus direito de

²¹ SILVA FERREIRA, A. C. "Reflexões sobre a proposta de internação compulsória de dependentes químicos", *Ciências Sociais Aplicada em Revista*, Paraná, v. 13, n. 25, 2013, p. 140.

²² "TJ extingue ação de Doria que pedia internação compulsória na cracolândia". *Rede Brasil Atual*, 30 maio 2017. Cidadania. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/05/tj-extingue-acao-de-doria-que-pedia-internacao-compulsoria-na-cracolandia>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

prestação (positivos), que segundo Norberto Bobbio²³, “São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros”.

Para aqueles que a defendem, esta é vista como uma medida legítima a ser tomada pelo Estado diante a ausência de discernimento do usuário em optar pelo o que lhe é saudável, afinal são considerados como relativamente incapazes pelo Código Civil em seu artigo 4º, inciso II. Ainda para os defensores da medida, no conflito entre direitos, o direito à vida deve prevalecer, pois segundo estes, a internação compulsória, além de preservar a vida, retirar o usuário da situação degradante que é vivida nas cracolândias. Dessa forma, a internação compulsória deveria ser interpretada como um ato de socorro à dignidade do indivíduo.

Todavia, quanto ao argumento das incapacidades, entende-se aqui que tal ponto é questionável, haja vista a internação ocorrer sem prévio processo de interdição, o que não legitimaria a atuação do Estado nesses casos²⁴.

Já para aqueles que rechaçam a internação compulsória, seus argumentos se baseiam na defesa da prevalência da liberdade de escolha, e na ineficácia da medida, tendo em vista que vários estudos relatam casos nos quais a reincidência no uso dos entorpecentes é imediata ao término da internação²⁵. Ademais, suscitam os estudiosos que com tal medida o Estado estaria camuflando suas ações cujas reais intenções seriam higienizadoras, afinal reduzir as cracolândias não significa, necessariamente, reduzir o número de dependentes químicos.

Ademais, aceitar a política higienista significa aceitar a limpeza das cidades às custas dos Direitos Humanos dos dependentes químico que por sua vez, restariam veementemente violados, haja vista que a própria remoção das pessoas contra sua vontade (que em muitos casos são amarradas e sedadas) importa em grave violação aos seus direitos. Igualmente, é sabido que as clínicas públicas, em sua maioria (e mesmo as particulares), não respeitam os direitos do paciente previsto no artigo 1º da Lei 10.216/2004, quais sejam:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas

²³ BOBBIO, N. *A era dos direitos*; tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed, 7ª reimpressão, Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 15.

²⁴ SOUZA, S. C.; KIEFER DA SILVA, S. "A internação compulsória de dependentes químicos: a prática sob a ótica da Nova Ordem Constitucional". *Letras Jurídicas*, Belo Horizonte, n. 2. 17 set. 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=490>. Acesso em: 20 Jun. 2017

²⁵ REGUERA RUIZ, V. R.; ROMERO MARQUES, H. "A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade", *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 7, n. 1, jan. /jun. 2015, p. 01-08. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpsaude/v7n1/v7n1a02.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017

informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; V - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VI - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; VIII - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Assim, em muitos casos, o tratamento significa a impossibilidade do convívio social e familiar além das inóspitas condições de habitação, uma vez que é de conhecimento geral que, em muitos casos, o paciente é "jogado" numa cela individual com baixa iluminação, semelhante às solitárias dos presídios²⁶.

Outrossim, entende-se aqui, que a defesa da internação compulsória vai de encontro à reforma psiquiátrica da qual o Brasil faz parte. Tal reforma teve início no Brasil em 1990 com a assinatura da declaração de Caracas e culminou com a edição da lei 10.216/ 2001. Reflexo da constitucionalização dos direitos humanos, a reforma trata da mudança de paradigma adotado na política de saúde mental, no qual os ambulatórios psiquiátricos devem ser fechados, cedendo espaço às internações em hospitais regulares, que por sua vez só deve ocorrer em último caso e pelo mínimo de tempo necessário, pois se compreende que o convívio com a família e o contato social é de suma importância para o sucesso do tratamento²⁷. A reforma defende que a desinstitucionalização deve ir além da substituição do hospital psiquiátrico por cuidados externos, pois requer práticas que saiam da esfera individual e recaiam sobre a comunidade²⁸.

Nesse sentido o Conselho Federal de Psicologia lançou o manifesto, "Drogas: Pelo tratamento sem segregação", que por meio da petição pública, dirigida ao poder executivo e legislativo, exige a adoção de políticas de inclusão social dos dependentes químicos²⁹.

Desse modo, com as políticas públicas sobre drogas que são voltadas aos tratamentos ambulatoriais que garantem os cuidados com a saúde psíquica e física do dependente, ao mesmo tempo que promove ações com a família e proporciona meios para que o indivíduo viva dignamente como a sua reinserção no mercado de trabalho, observa-se que está o Estado tratando a raiz do problema já que, na maioria dos casos, é

²⁶ ARNAUT ARAÚJO, A. "Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei", Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-23/clinicas-seguem-lei-internacao-doente-usuario-droga#author>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

²⁷ "A reforma psiquiátrica brasileira e a política de saúde mental". In: *Programa de Volta para casa*. Módulo Fotográfico. Coordenação-Geral de Saúde Mental; [s.d]. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/VPC/reforma.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²⁸ MARTINS GONÇALVES, A.; SENA R. R. "A reforma psiquiátrica no Brasil: contextualização e reflexos sobre o cuidado com o doente mental na família", *Rev Latino-am Enfermagem*, mar. 9 (2): 48-55, 2001, p. 50, Disponível em: <http://www.observamjic.uff.br/psm/uploads/81_A_reforma_psiqui%C3%A1trica_no_brasil_contextualiza%C3%A7%C3%A3o_e_reflexos_sobre_o_cuidado_com_o_doente_mental_na_fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

²⁹ Petição pública. Abaixo-assinado manifesto drogas: pelo tratamento sem segregação. [s.d]. Disponível em: <[HTTP://WWW.PETICAOPUBLICA.COM.BR/?PI=CFP2011A](http://WWW.PETICAOPUBLICA.COM.BR/?PI=CFP2011A)>. ACESSO EM: 20 JUN. 2017

pela sua abstenção no fornecimento de condições de vida digna que o ser humano procura refúgio naquilo que lhe abstêm da triste realidade em que vive, entorpecendo-se. Haja vista que:

Naturalmente, o problema mais grave da maior parte dos usuários de crack no Brasil não é o crack em si mesmo. O problema mais grave está sim em suas precárias condições de vida, na privação de direitos básicos, na miséria. Antes de tudo, portanto, é preciso priorizar a mudança da trágica história brasileira de desigualdade, pobreza e exclusão – história que, não obstante os recentes discursos ufanistas, nitidamente se revela na presença de crianças e adolescentes em situação de rua. O descaso de governantes deixa-os sem família, sem escolas, sem lazer, sem respeito, perambulando sem destino por falta de quem os trate com respeito e dignidade [...] ³⁰.

Sobre o assunto, abre-se espaço para se questionar sobre o papel do judiciário frente à inércia do Estado em garantir as condições básicas que uma vida digna requer tanto antes e principalmente depois que o problema com o vício já se faz presente na vida do indivíduo. Uma vez que resta claro que as mudanças interiores, como a desintoxicação, não se sustenta sem a mudança exterior. Ao toxicômano devem ser ofertados os direitos que desde sempre deveriam ter-lhes sido garantidos. Desse modo, urge indagar sobre as funções do judiciário na garantia na continuidade do tratamento, mas não por parte do paciente com a forçosa internação, mas sim por parte do Estado com a manutenção do seu dever.

a) Judicialização das políticas públicas

A noção de Políticas Públicas traz em seu cerne uma conduta ativa por parte do Estado a ser exercida como forma de prestação, que por sua vez, frente à mora obrigacional, pode ser cobrada em juízo pelos sujeitos de direito. Desse modo, a judicialização das políticas públicas compreende questões de cunho social que antes eram debatidas e resolvidas pelos órgãos do executivo, mas que frente à inércia desse poder, passaram a ser levadas ao judiciário, tendo em vista o seu papel de garantidor do efetivo exercício dos direitos fundamentais que lhes é atribuído pela própria Magna Carta ao preconizar a inafastabilidade da jurisdição.

Questão intrigante é sobre o limite desta atuação judicial, pois sobre a legitimidade do judiciário em determinar a execução de uma política pública já instituída não há muito o que se questionar. No entanto, poderia esse mesmo poder determinar a implantação de uma política? Já respondendo à pergunta, aqui se entende que num estado democrático de direito onde o judiciário tem papel imprescindível na garantia da aplicação dos direitos fundamentais seria plenamente legítima tal atuação. Vale

³⁰ CONSELHO Federal de Psicologia e Comissão Nacional de Direitos Humanos do cfp (orgs). *Drogas, Direitos Humanos e Laço Social*. 1ª ed., Brasília, maio 2013. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laço-Social.pdf>. Acesso em 20 jun. 2017.

mencionar que tal entendimento se mostra em consonância com a concepção de Jürgen Habermas³¹, uma vez que esse defende que o direito vale como meio de controle de comportamento “a ser acionado para fins racionais, isto é, fins políticos fundamentais utilitaristicamente de acordo com o bem estar econômico,” além de mencionar que uma jurisprudência constitucional ofensiva, além de ser bem vinda, é necessária para impelir ações democráticas

Para Eugênio Raúl Zaffaroni³² a burocracia na aplicação dos direitos sociais somada à produção legislativa motivada pela conveniência política, levou ao protagonismo político por parte dos juízes. Diante disso, não se pode olvidar que os julgados trazem traços de decisões políticas, pois além de estipularem as ações nas três esferas de poder, os prováveis reflexos no governo também servem de fundamento para as decisões. Exemplo disso são as modulações dos efeitos das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade em que se consideram as consequências políticas e econômicas da decisão³³.

Dessa forma:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente³⁴.

Já quanto às causas que levaram à judicialização das políticas públicas, tem-se no Neoconstitucionalismo, a principal delas, pois se trata de um movimento teórico jurídico surgido em meados do século XX, como respostas às necessidades de um mundo que passava pelas consequências do final da Segunda Guerra Mundial³⁵. Tal movimento que influenciou a atual Constituição de 1988 defende a constitucionalização dos direitos e atribui força normativa às normas constitucionais, em especial às ditas instituidoras de direitos fundamentais. Desse modo, perde força a teoria das normas meramente programáticas, cuja aplicabilidade dependeria de uma norma infraconstitucional por parte do legislador, o que, consequentemente, leva a um Estado constitucional de Direito

³¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre factilidade e validade*, v I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 249.

³² ZAFFARONI, E. R. *Poder Judiciário: crise acertos e desacertos*, Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 24.

³³ QUEIROZ BARBOSA, S. M.; KOZICK K. "Conflito entre Poderes e ativismo judicial. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas", *Rev. direito GV*, São Paulo, v.8, n.1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 04 abr. 2017.

³⁴ BARROSO, L. R. "Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n 18. Abr/maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

³⁵ LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20 ed, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 74/75.

em detrimento do Estado legal de Direito, ao passo que valoriza a vontade do poder constituinte e diminui o alvedrio do poder constituído³⁶.

Posto que vários estudos apontam a judicialização da política como sendo um mal que fere o princípio da separação dos poderes, entende-se no presente estudo, que não há o que se negar na politização das decisões nem espaço para defesa do discurso de invasão de competências, uma vez que esse tipo de decisão é algo intrínseco quando se adota a constitucionalização dos direitos fundamentais, que por consequência natural e legítima, o que se tem é o judiciário cumprindo seu papel de garantidor da Constituição.

4. Justiça Terapêutica

Aproveitando o adendo sobre o papel do poder judiciário no combate ao uso de entorpecentes, faz-se necessário abordar sobre a justiça terapêutica. Apesar dessa denominação ter surgido aqui no Brasil, a origem dessa prática reside nas *Drugs Courts* norte-americanas, que consistem em varas especializadas no julgamento de delitos relacionados às drogas e representa uma mudança de postura na política criminal norte-americana, que teve início quando se percebeu que quanto mais se prendiam os usuários de drogas que tinham cometido delitos em decorrência ou por causa da droga, mais a reincidência no uso aumentava gerando um ciclo vicioso. Assim, optou-se por oportunizar aos usuários a adesão ao tratamento supervisionado no lugar das penas privativas de liberdade. O tratamento inclui a participação do juiz da vara, do defensor, do Ministério Público, terapeutas, médicos, assistentes sociais e membros da comunidade³⁷ (LIMA, 2009, p. 92).

O sistema de *Drug Courts*, cuja duração do tratamento dura cerca de 1 (um) ano, contempla crimes não violentos e admite antecedentes criminais somente em crimes patrimoniais. O tratamento se perfaz em 4 (quatro) fases, nas quais a primeira se atém à desintoxicação por meio da abstinência e terapia, a segunda e a terceira fase estimulam o desenvolvimento pessoal e profissional, e a última fase ocorre após o término do tratamento funcionando como um suporte³⁸ (LIMA, 2009, p. 92).

No Brasil, a denominação "justiça terapêutica" surgiu no movimento iniciado no Rio Grande do Sul na década de 90, onde representantes do Ministério Público gaúcho, os procuradores de justiça Ricardo Oliveira Silva e Luiz Alchylles Petiz Bradou e a psiquiatra Carmem Có Freitas, resolveram trasladar para os adultos que praticam crimes em decorrência da dependência química, o que já vinha sendo aplicado no Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu artigo 112, inciso VII dispunha que uma vez

³⁶ SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. 3ª triagem: Malheiros, São Paulo, 2004, p. 135.

³⁷ FONTES LIMA, F. A. *Justiça Terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 92.

³⁸ Ibid.

verificada a prática de ato infracional, o menor toxicômano e/ou alcoólatra poderá ser encaminhado ao tratamento compulsoriamente ³⁹.

Nas palavras dos próprios propulsores, o movimento se deu da seguinte forma:

Como decorrência das operacionalizações na área da infância e juventude, surgiu, no Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em 1996, o "Projeto Consciência"⁹, que integrou especialistas de saúde, assistência social e operadores do direito, gerando um programa de atenção e informação sobre drogas nos âmbitos jurídico e de saúde, para os municípios. Esse plano foi destinado aos ambientes escolares, através da atuação de profissionais da área de saúde conjuntamente ao Promotor de Justiça da cidade sede de comarca. Posteriormente, no ano de 1998, em seqüência ao "Projeto Consciência", foi criado, por intermédio do Departamento de Recursos e Projetos Especiais do Ministério Público, o "Projeto RS Sem Drogas", o qual começou a estruturar as atividades de capacitação de operadores do Direito com os profissionais de saúde, para ações conjuntas em seus trabalhos diários. Com esses paradigmas, o Ministério Público estabeleceu, a partir de 1999, uma primeira grande parceria com o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Assim, a evolução do "Projeto RS Sem Drogas", culminou com o "Programa de Justiça Terapêutica", que pode ser compreendido como um conjunto de medidas que visam a oferecer atenção terapêutica aos infratores usuários e/ou infratores dependentes de drogas e, com isso, a possibilidade de modificar os comportamentos anteriores delituosos para comportamentos legais e socialmente adequados⁴⁰.

A justiça terapêutica não incide somente no crime de consumo de drogas, mas sim sobre qualquer delito não violento, acobertados ou não pela lei 9.099, que foram praticados em decorrência do uso de entorpecentes. Nesse sentido, segundo a legislação penal, há momentos nos quais a justiça terapêutica pode incidir, são eles: nos juizados especiais criminais, mais especificadamente na transação penal, no rito ordinário após a sentença, com as penas restritivas de direitos, com a suspensão condicional da pena, e com o livramento condicional⁴¹.

E com base nessa nova compreensão da justiça, a revogada Lei n. 6.368/1976 se mostrava incongruente com relação aos crimes no âmbito do consumo de drogas tendo em vista que em seu artigo 16 estava prevista pena de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Assim em consonância com a atual política criminal a revogadora Lei 11.343/06 (apesar de não ter descriminalizado o uso de drogas) em seu artigo 28 restou previsto para esta conduta a medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, o trabalho comunitário e a advertência.

³⁹ *Ibid.* p. 127.

⁴⁰ DE OLIVEIRA SILVA, R.; CÓ FREITAS, S. "Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social", *Associação Brasileira de Justiça Terapêutica*, [s.d]. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>> Acesso em: 1 jul. 2017.

⁴¹ *Ibid.*

A própria Organização dos Estados Americanos (OEA), em assembleia geral ocorrida em junho de 2010 reconhece como eficaz a via dos países que escolhem a política criminal pautada na reabilitação, tratamento e reinserção social no lugar da persecução penal ou pena privativa de liberdade⁴².

Exemplo de país que também adotou tal política é a Bélgica, cuja legislação penal possibilita ao juiz uma gama de medidas a serem tomadas diante de crimes causados em decorrência da dependência química, dentre as quais existe a preferência pela concessão de uma espécie de suspensão condicional do processo condicionada à frequência em tratamentos pelo período de seis meses⁴³. Ou seja, o referido país já concluiu que nem mesmo na seara criminal a repressão aos dependentes químicos é a solução adequada e digna, uma vez que não se trata um doente trancando-o numa cela inóspita.

Sendo assim, apesar do tratamento pela via judicial ser pelos meios coercitivos, diante a ocorrência de um crime causado pela dependência química, entende-se aqui, que não poderia haver no sistema penal melhor opção.

5. Políticas públicas sobre drogas: as experiências de outros países

A análise das experiências de outros países nas políticas sobre droga é de suma importância, já que o vício tem os mesmos reflexos na sociedade em qualquer lugar do mundo.

O que se tem visto é a aposta na política de redução de danos, uma vez que a política repressiva que trava uma verdadeira guerra entre autoridades, usuários e traficante só faz o problema mudar de lugar. Sendo assim foi necessária uma abordagem diferente que parou de enxergar o usuário como criminoso e passou a tratá-lo como doente. Desse modo medidas voltadas à saúde dos dependentes se mostraram mais eficientes.

O especialista australiano Alex Work, em uma entrevista afirmou que a redução de danos parte do princípio de que dificilmente se conseguirá extirpar o consumo das drogas. Uma vez aceitado isso, tal política visa minimizar os efeitos desse consumo na

⁴² COMISIÓN Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Secretaría de Seguridad Multidimensional, Organización de los Estados Americanos (OEA) (org). "Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas". 2010. *School of Public Affairs- American Unive.* p. 11. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/PUBLICACION_FINAL.pdf>. Acesso em: 02 jul.2017.

⁴³ DANGREA, J.; SERLIPPENS, A. "Un enfoque vertical de “Abajo hacia arriba” para el desarrollo de un tribunal de tratamiento de drogas: el caso de Ghent, Bélgica". In: COMISIÓN Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Secretaría de Seguridad Multidimensional, Organización de los Estados Americanos (OEA) (org). *Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas. School of Public Affairs- American Unive*, 2010, p. 94 - 117. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/PUBLICACION_FINAL.pdf>. Acesso em: 02 jul.2017.

sociedade. Ainda lembrou que o uso dos cintos de segurança é um exemplo de medida de redução de danos que ao se prever que não se acabará com a embriagues na direção, tenta-se minimizar os danos causados por eventuais acidentes⁴⁴.

Exemplos que se destacam nesta seara são os da Alemanha, Austrália e Canadá. A Austrália foi o primeiro país a implantar tal política, que se consubstanciava em medidas como locais próprios para que os usuários pudessem fazer uso controlado da droga, que no caso era a heroína, a fim de se evitar as mortes causadas por overdoses⁴⁵.

Na Alemanha, no fim da década de 1980, a dependência da heroína assolava a cidade de Frankfurt, cujo parque Taunusanlage que abrigava cerca de 1,5 mil dependentes era cenário de constantes mortes por overdose. Conquanto, atualmente, o problema não mais existe, e a solução adveio com o programa “Caminho de Frankfurt” que ao apostar na terapia de substituição, oferecendo não só locais de moradia, mas de consumo supervisionado de substância menos agressiva, objetivava o controle do vício e o convencimento sobre seu abandono aos poucos⁴⁶. Tamanho foi o sucesso que outros locais do país se espelharam e resolveram adotar medidas semelhantes como é o caso de Hamburgo que criou salas de inalação, para que aos poucos o vício fosse largado⁴⁷.

Já no Canadá a aposta foi num local onde se fornece seringas e injeções aos usuários de drogas injetáveis, na intenção de reduzir o número de infecções pelo vírus HIV e outras doenças. O programa foi o primeiro da América do Norte e está em funcionamento desde 2003. No local a assistência não se resume ao fornecimento de seringas, outras ações como suporte psicológico, saúde, atividades esportivas e oficinas de empregos são ofertadas⁴⁸.

Semelhante ao Canadá, o Brasil em 1989 na cidade de Santos em São Paulo teve o primeiro programa de fornecimento de seringas como forma de reduzir o contágio do vírus HIV entre a população usuária de drogas injetáveis. Todavia, o programa não foi bem visto pela população que enxergava em tais atos um incentivo à drogadição. Assim o Ministério Público provocou o judiciário que determinou o fim do programa. Ocorre que com o aumento do número de transmissão do vírus HIV, em 1995, na cidade de

⁴⁴ OCHÔA, V. "O mal menor das drogas", *Jornal extra classe*, Ago. 1997. Disponível em: <http://www.extraclasse.org.br/edicoes/1997/08/o-mal-menor-das-drogas/>. Acesso em: 21 jun. 2017.

⁴⁵ DICHTCHEKENIAN, P. "Da Cracolândia para o mundo: práticas que humanizam o combate às drogas no Canadá, Holanda e Uruguai", *Opera Mundi*, São Paulo, 08 dez. 2014. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/38713/da+cracolandia+para+o+mundo+praticas+que+humanizam+o+combate+as+drogas+no+canada+holanda+e+uruguai.shtml#>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁴⁶ "COMO a Alemanha Acabou com a sua “cracolândia”", *G1*. 07 jun. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/como-a-alemanha-acabou-com-a-sua-cracolandia.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2017.

⁴⁷ CHADE, J. "AÇÃO conjunta acabou com a cracolândia europeia", *Estadão*, São Paulo, 13 Jun. 2017. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,acao-conjunta-acabou-com-cracolandia-europeia,70001837853>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁴⁸ DICHTCHEKENIAN, P. *op. cit.*, nota 44.

Salvador, Bahia, reviveu-se o programa que passou a ser chamado de Trocas de Seringas. Posteriormente, São Paulo aprovou a primeira lei que permitia a distribuição de seringas, que acabou por estimular a adoção do programa por parte de outros estados pelo país.

Em 1998, foi criada a Rede de Redução de Danos na cidade de São Paulo que naquele momento já contava com maior aceitação. Ademais, a revogada lei 10406/ 2002 dispunha em seu artigo 12, parágrafo 2º que “Cabe ao Ministério da Saúde regulamentar as ações que visem à redução de danos sociais e à saúde”. Posteriormente, a revogada lei 11343/06 foi além e previu que: “Art. 18. Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”⁴⁹.

Nesse sentido:

[...] Embora ainda bastante associada à troca de seringas para “drogados”, a filosofia da redução de danos já se estende para outras drogas ilícitas, especialmente o crack e o ecstasy. E está conseguindo adeptos nas famílias mais conservadoras quando se aplica ao uso responsável do álcool.

Como o álcool é uma droga “legal” e seu consumo cada vez mais frequente e precoce, nenhuma instituição pensa em proibi-lo, mas todos concordam que é preciso um movimento da sociedade para reduzir seus danos: pelo menos 50% das mortes no trânsito e 30% dos homicídios têm a ver com o consumo excessivo. Pregações como “se beber, não dirija”, ou “vá de táxi”, ou “eleja um amigo da vez” que não beberá para dirigir na volta, são recomendações que ninguém coloca em questão⁵⁰.

Ademais o organismo mais proibicionista que é a Organização das Nações Unidas, já admitiu a importância de tal política na Declaração de Princípios da Redução de Demandas de Drogas ao preconizar que:

[...] Tais programas devem ser integrados para promover a cooperação entre todos os interessados, deve incluir uma grande variedade de intervenções adequadas, deve promover a saúde e bem-estar social entre indivíduos, famílias e comunidades e deve reduzir os efeitos adversos consequências do abuso de drogas para o indivíduo e para a sociedade como um todo. [...]”⁵¹ (tradução nossa).

⁴⁹ FONTES LIMA, F. A. *Justiça Terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p 92.

⁵⁰ BIANCARELLI, A. “Trabalhos realizados com usuários de drogas ainda enfrentam o preconceito da mídia e a falta de conhecimento da sociedade”, *Revista Fórum Semanal*. [s.d]. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/digital/55/reducao-de-danos-direitos-humanos-para-quem-usa-drogas-2/>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

⁵¹ UNITED NATIONS. *resolution adopted by the general assembly*. A/RES/S-20/3 8 Sept. 1998. Disponível em: < http://www.unodc.org/pdf/resolution_1998-09-08_1.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017

Porém tendo em vista que o uso ainda é criminalizado, as políticas de redução de danos ainda se mostram bem tímidas e como visto inicialmente, após a delegação de sua promoção aos estados e municípios, as ações restaram prejudicadas.

6. Terapias de substituição: possibilidade de um tratamento eficaz

A Terapia de substituição se fundamenta na máxima de que a abstinência e reincidência andam juntas, e uma vez que é oferecida ao dependente químico a opção do uso de uma droga menos agressiva, a possibilidade de aos poucos o vício ser abandonado com totalidade é maior, além da redução dos efeitos nocivos tanto no indivíduo como na sociedade.

A referida terapia, que por seu turno faz parte da política de redução de danos, baseia-se no tratamento de drogas pesadas utilizando-se de substâncias psicotrópicas que apresentam efeitos colaterais reduzidos, como a Cannabis (maconha), quando comparadas ao crack e outras similares. Conquanto os estudos acerca do assunto ainda se mostram insipientes, tendo em vista a ilegalidade do uso de algumas dessas substâncias⁵².

Outros estudos apontam o uso da ayahuasca, bebida psicoativa derivada das folhas de *Psychotriaviridis*, no tratamento da dependência. O uso da bebida se faz presente em três religiões brasileiras: a Barquinha, o Santo Daime, e a União do Vegetal. Ocorre que em 2010 o consumo da referida bebida só foi regulamentado para fins religiosos e não terapêuticos⁵³.

Contudo quanto ao crack, que é a cocaína na forma de cristal, ainda não há substâncias aptas para serem usadas na terapia, desse modo também há de se investir em pesquisas de modo que se possibilitem as terapias de substituição neste campo.

Conclusão

Considerando os aspectos apresentados, acredita-se que não há como suprimir a internação compulsória, todavia somente deve-se lançar mão desta como último recurso a ser usado, quando os outros meios não foram suficientes e o usuário de drogas se encontra com quadros de psicose que oferecem risco a si próprio e às outras pessoas, pois

⁵² MACRAE E.; GORGULHO, M. "Redução de Danos e Tratamento de Substituição Posicionamento da Reduc (Rede Brasileira de Redução de Danos)", *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 52, set-out 2003, pp.371-374, p. 2. Disponível em: http://www.neip.info/downloads/t_edw8.pdf. Acesso em: 26 jun. 2017.

⁵³MERCANTE, M. S. "A ayahuasca e o tratamento da dependência", *Rev. Mana*, Rio de Janeiro, v.19, n.3 Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So104-93132013000300005>. Acesso em: 26 jun. 2017

a política higienista não pode estar acima da proteção dos Direitos Humanos dos dependentes químicos.

Assim, defende-se neste estudo que uma razoável alternativa reside em investimentos na política de redução de danos somada às ações educacionais que visem apagar o estigma de criminoso, que existe sobre os usuários, estimulando as pessoas a enxergá-los como doentes, o que, conseqüentemente, gerará um maior aceite da sociedade com relação às terapias de substituição que devem fazer parte de um programa que inclui, ações destinadas à reinserção do paciente na sociedade como cidadão dotado da dignidade que deve ter, oferecendo-lhe suporte psicológico e material, para que as causas que o levaram ao vício fiquem num passado que não mais o assombre.

Sendo assim, a política de saúde mental no Brasil deve estar pautada na observância dos Direitos Humanos, e para tanto o respeito à liberdade sem desproteger o indivíduo se faz fundamental.

Referências

- ARNAUT ARAÚJO, A. "Poucas clínicas seguem rigorosamente a lei", Revista Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-23/clinicas-seguem-lei-internacao-doente-usuario-droga#author>>. Acesso em: 03 jul. 2017.
- "A reforma psiquiátrica brasileira e a política de saúde mental". In: Programa de Volta para casa. Módulo Fotográfico. Coordenação-Geral de Saúde Mental; [s.d]. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/VPC/reforma.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- QUEIROZ BARBOSA, S. M.; KOZICK K. "Conflito entre Poderes e ativismo judicial. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas", Rev. direito GV, São Paulo, v.8, n.1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 04 abr. 2017.
- BARROSO, L. R. "Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática", Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n 18. Abr/maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.
- BENNETT, T; HOLLOWAY, K; FARRINGTON, D. The statistical association between drug misuse and crime: A meta-analysis. Aggression and Violent Behavior, vol. 13, no. 2, Mar.-Apr, pp. 107- 118, 2008.
- BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral. 17. Ed, Saraiva, São Paulo, 2012.

- BIANCARELLI, A. "Trabalhos realizados com usuários de drogas ainda enfrentam o preconceito da mídia e a falta de conhecimento da sociedade", Revista Fórum Semanal, [s.d]. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/digital/55/reducao-de-danos-direitos-humanos-para-quem-usa-drogas-2/>>. Acesso em: 22 jun. 2017.
- BOBBIO, N. A era dos direitos; tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed, 7ª reimpressão, Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. de 2017.
- _____. [Lei no 10.708, de 31 de julho de 2003.](#), de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.708.htm>. Acesso em: 15 jun. de 2017.
- _____. [Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001](#), Diário Oficial da União, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 9 jun. 2017.
- _____. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, Diário Oficial da União, Brasília, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm>. Acesso em: 9 jun. 2017.
- BRASIL. Ministério da Saúde; Secretaria de Atenção à Saúde Departamento de Ações Programáticas Estratégica"; Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas (coord). Saúde mental em dados 12 edição da saúde mental em dados, Ano 10, nº 12, 2015. Disponível em: < http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/430410/RESPOSTA_PEDIDO_SMD%2012%20-%20Verso%20para%20o%20Site%202.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2391/GM de 26 dezembro de 2002, Brasília. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude-mental/portarias/portaria-gm-ms-2391-2002>>. Acesso em 14 jun. 2017.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS nº 1.612 de 09 de setembro de 2005, Brasília. Disponível em: < http://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/portaria_1612.pdf>. Acesso em 14 jun. 2017.
- "BRASIL oferece 0,34% dos leitos que seriam necessários para tratamento de dependentes químicos", Em Discussão, Brasília, 2011. Disponível em:

<<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/tratamento-para-dependentes-quimicos/brasil-oferece-034-dos-leitos-que-seriam-necessarios-para-tratamento-de-dependentes-quimicos.aspx>.>

Acesso em: 15 jun. 2017.

COMISIÓN Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Secretaría de Seguridad Multidimensional, Organización de los Estados Americanos (OEA) (org). "Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas". 2010. School of Public Affairs- American Unive. p. 11. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/PUBLICACION_FINAL.pdf.> Acesso em: 02 jul. 2017.

"COMO a Alemanha Acabou com a sua "cracolândia"", G1. 07 jun. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/como-a-alemanha-acabou-com-a-sua-cracolandia.ghtml>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CONSELHO Federal de Psicologia e Comissão Nacional de Direitos Humanos do cfp (orgs). Drogas, Direitos Humanos e Laço Social. 1ª ed, Brasília, maio 2013. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/07/Drogas-Direitos-Humanos-e-Laco-Social.pdf>. Acesso em 20 jun. 2017.

CHADE. J. "AÇÃO conjunta acabou com a crackolândia europeia", Estadão, São Paulo, 13 Jun. 2017. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral/acao-conjunta-acabou-com-crackolandia-europeia,70001837853>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DANGREA J. J.; SERLIPPENS A. "Un enfoque vertical de "Abajo hacia arriba" para el desarrollo de un tribunal de tratamiento de drogas: el caso de Ghent, Bélgica". In: COMISIÓN Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), Secretaría de Seguridad Multidimensional, Organización de los Estados Americanos (OEA) (org). Tribunales de Tratamiento de Drogas: Una Respuesta Internacional para Infractores Dependientes de Drogas. School of Public Affairs- American Unive, 2010, p. 94-117. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/PUBLICACION_FINAL.pdf.> Acesso em: 02 jul. 2017.

DE OLIVEIRA SILVA, R.; CÓ FREITAS. S. "Justiça Terapêutica: Um programa judicial de redução do dano social", Associação Brasileira de Justiça Terapêutica, [s.d]. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158> > Acesso em: 1 jul. 2017

DIAS BELTRANI, M. A. Políticas Públicas para o Combate de drogas no Brasil, 2011, 51 f., Monografia (Curso de Graduação em Direito) Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Barbacena. 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-0635f6ff3a902553a60464031931a8fe.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017

- DICHTCHEKENIAN, P. "Da Cracolândia para o mundo: práticas que humanizam o combate às drogas no Canadá, Holanda e Uruguai", Opera Mundi, São Paulo, 08 dez. 2014. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/reportagens/38713/da+cracolandia+para+o+mundo+praticas+que+humanizam+o+combate+as+drogas+no+canada+holanda+e+uruguai.shtml#>. Acesso em: 18 jun. 2017
- FONTES LIMA, F. A. Justiça Terapêutica: em busca de um novo paradigma, 2009, 261 f., Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- FIDALGO PINHEIRO, R; FERREIRA DE MELLO, L."A medida de internação compulsória de dependentes de crack e o direito à saúde", Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 33, n. 1: 125-148, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/a002faa5ae6b9e02d6ffb2511e811310.pdf> <. Acesso em: 03 jul. 2017.
- HABERMAS, J. Direito e democracia: entre factibilidade e validade, v I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. 20 ed, Saraiva, São Paulo, 2016.
- MACRAE E.; GORGULHO, M. "Redução de Danos e Tratamento de Substituição Posicionamento da Reduc (Rede Brasileira de Redução de Danos)", Jornal Brasileiro de Psiquiatria, Rio de Janeiro, v. 52, set-out 2003, pp.371-374. Disponível em: http://www.neip.info/downloads/t_edw8.pdf. Acesso em: 26 jun. 2017.
- MARTINS GONÇALVES, A.; SENA R. R. "A reforma psiquiátrica no Brasil: contextualização e reflexos sobre o cuidado com o doente mental na família", Rev Latino-am Enfermagem, mar. 9 (2): 48-55, 2001, Disponível em: <http://www.observasmjc.uff.br/psm/uploads/81_A_reforma_psiqui%C3%A1trica_no_brasil_contextualiza%C3%A7%C3%A3o_e_reflexos_sobre_o_cuidado_com_o_doente_mental_na_fam%C3%ADlia.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- MATTOS ANDRADE, T. "Reflexões sobre políticas de drogas no Brasil", Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v.16, no.12, Dec. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011001300015>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- MENDES FERREIRA, G; BRANCO GONET, P. G. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.
- MERCANTE, M. S. "A ayahuasca e o tratamento da dependência", Rev. Mana, Rio de Janeiro, v.19, n.3, Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132013000300005>. Acesso em: 26 jun. 2017.

- OCHÔA, V. "O mal menor das drogas", *Jornal extra classe*, Ago. 1997. Disponível em: <http://www.extraclasse.org.br/edicoes/1997/08/o-mal-menor-das-drogas/>. Acesso em: 21 jun. 2017.
- OMS. RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE. Português. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Tradução de Climepsi Editores. 1.^a ed., Lisboa, Abr. 2002. Disponível em: http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_djmessage_po.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017.
- PETIÇÃO Pública. Abaixo-assinado Manifesto Drogas: pelo tratamento sem segregação, [s.d]. Disponível em: <http://www.peticaopublica.com.br/?pi=CFP2011A>. Acesso em: 20 jun. 2017
- REGUERA RUIZ, V. R.; ROMERO MARQUES, H. "A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade", *Revista Psicologia e Saúde*, Campo Grande, v. 7, n. 1, jan. /jun. 2015.
- SOUZA, S. C.; KIEFER DA SILVA, S. "A internação compulsória de dependentes químicos: a prática sob a ótica da Nova Ordem Constitucional", *Letras Jurídicas*, Belo Horizonte, n. 2. 17 set. 2014. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=490>. Acesso em: 20 Jun. 2017
- SILVA FERREIRA, A. C. "Reflexões sobre a proposta de internação compulsória de dependentes químicos", *Ciências Sociais Aplicada em Revista*, Paraná, v. 13, n. 25, 2013.
- SILVA, J. A. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6 ed. 3^a triagem: Malheiros, São Paulo, 2004.
- "TJ extingue ação de Doria que pedia internação compulsória na cracolândia". *Rede Brasil Atual*, 30 maio 2017. Cidadania. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/05/tj-extingue-acao-de-doria-que-pedia-internacao-compulsoria-na-cracolandia>. Acesso em: 24 jun. 2017.
- UNITED NATIONS. Resolution adopted by the general assembly. A/RES/S-20/3 8 Sept. 1998. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/resolution_1998-09-08_1.pdf. Acesso em: 23 jun. 2017
- XAVIER, R. T.; MONTEIRO KIELING, J. "Tratamento de Pacientes Usuários de crack e outras drogas nos CAPS AD", *Psic. Rev. São Paulo*, v. 22, n.1, 61-82, 2013. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/psicorevista/article/viewFile/16658/12511>. Acesso em: 13 jun. 2017
- ZAFFARONI, E. R. Poder Judiciário: crise acertos e desacertos, *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, 1995.

NANOFOOD E A RELEITURA DAS FONTES DO DIREITO: DO RISCO À REGULAÇÃO

NANOFOOD AND THE RELEASE OF SOURCES OF LAW: FROM RISK TO REGULATION

Gabrielle Kölling¹

Centro Universitario das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU)/SP

Thiago de Paula Leite²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) / Universidade Cândido de Mendes

Sumário: Introdução; 1. Tecnologia nano na sociedade contemporânea brasileira; 2. O uso de nanotecnologia e o risco sanitário; 3. Emergência da pluralidade de fontes do direito e de atores não legislativos na regulação; 4. A produção de alimentos com partículas nano e o seu estado da arte; Considerações finais; Referências

Introdução

Hoje somos aproximadamente 7,5 bilhões de habitantes no planeta Terra. A Organização das Nações Unidas - ONU estima que em 2030 passaremos à casa dos 8,5 bilhões, e em 2050 nada mais nada menos que 9,7 bilhões. Esse viés de crescimento demográfico acaba causando uma enorme pressão na demanda por recursos, quer sejam naturais ou artificiais. Até mesmo o espaço físico passa a ser disputado como objeto detentor de valor intrínseco.

O crescimento populacional implica, invariavelmente, no uso cada vez intenso dos recursos naturais (água, energia, minérios, solo) e na formação de um gigantesco banco de dados global que necessita ser preservado para as futuras gerações.

É nesse contexto que surge, como resposta aos desafios da pós-modernidade, a discussão acerca da nanotecnologia e como o direito pode desempenhar seu papel não só regulatório, mas também de fomento e organização.

A nanotecnologia lida, enfim, com o estudo dos materiais no nível atômico e molecular, a fim de extrair bens tecnológicos que proporcionam uma melhor qualidade de vida ao homem. Mas como tudo na vida a nanotecnologia também possui o “outro lado da moeda”, que se materializa no risco do desconhecido, o que requer, como *condição sine qua non*, um forte sistema regulatório, tanto preventivo como repressivo.

¹ Doutoranda em Direito -bolsista CAPES- UNISINOS -, Professora do Mestrado em Saúde Ambiental – FMU/SP

² Bacharel em Direito (UFRN), Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido de Mendes e Procurador do Estado de São Paulo

O direito, na sociedade complexa e contingente, é chamado a dar respostas para os mais variados fenômenos, dentre os quais o uso quase que exacerbado da tecnologia, inserido no contexto nas ciências duras. É nesse (des)compasso entre a evolução da ciência e a baixa velocidade da evolução jurídica que se encontra o tema da regulação do uso de nanotecnologia na sociedade. É relevante destacar que essa perspectiva regulatória está intimamente ligada à saúde pública, mas o sistema do direito tem dificuldades de operacionalizar esse diálogo interdisciplinar. Ainda não temos, no Brasil, a cultura de discutir a regulação das nanotecnologias a partir de um olhar inter ou transdisciplinar, que possibilite a interação de saber e o “manuseio” do fenômeno do risco, da saúde humana e do meio ambiente. Assim, é essencial que haja convivência entre as áreas duras e brandas (física, química, tecnologia etc. e direito, respectivamente), conforme Engelmann e Von Hohendorff³ nos advertem, pois assim será possível a transdisciplinaridade, por meio da linguagem, o que representará uma abertura epistemológica (necessária).

A (r)evolução tecnológica oferta à sociedade a possibilidade de inovação, e isso não é diferente na produção de medicamentos. Já existem medicamentos produzidos com tecnologia nano. O uso dessa tecnologia está vinculado ao futuro incerto. “Tudo é incerto e derradeiro. Tudo é disperso, nada é inteiro”⁴; o conhecimento acerca das nanotecnologias e dos seus efeitos não é inteiro: é incerto e inseguro. O direito regulatório ainda não consegue dar respostas do tipo jurídicas na sua atual estrutura.

Assim, com esse artigo, pretende-se analisar o *estado da arte* da regulação do uso de tecnologia nano na produção de nanoalimentos, a partir de algumas categorias sistêmicas, bem como as contribuições oriundas de outras teorias que serão oportunas para discussões específicas acerca das fontes do direito.

O artigo está dividido em quatro partes. Inicialmente, contextualizaremos as nanotecnologias no cenário brasileiro e a sua relação com o risco sanitário. Posteriormente, a necessidade ou a emergência da pluralidade de fontes no direito e de atores não legislativos na regulação e, por fim, o *estado da arte* da (des)regulação dos nanoalimentos.

1. Tecnologia nano na sociedade contemporânea brasileira

Nesse item, apresentaremos um breve panorama no que tange às nanotecnologias no contexto brasileiro.

³ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

⁴ PESSOA, Fernando. Mensagem. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~magno/mensagem.htm>. Acesso em 10/04/2017.

O termo nanotecnologia está vinculado à manipulação de matéria em escala molecular. Pode-se dizer que as nanotecnologias estão calcadas no desenvolvimento de procedimentos que fazem uso de nanomateriais. Esses materiais possuem uma dimensão inferior a 100 nanômetros (10nm)^{12, 5}

Há multidisciplinaridade nas nanotecnologias no que diz respeito às suas técnicas. Só assim é possível dominar partículas com dimensões muito pequenas que apresentam propriedades mecânicas, óticas, magnéticas e químicas constantemente inovadoras⁶.

Nota-se, pois, que quando o assunto é nanotecnologia, as possibilidades conceituais são abrangentes. Pode-se compreender a tecnologia nano como controle da matéria e os processos em nanoescala, tipicamente, mas não exclusivamente, inferiores a 100 nanômetros em uma ou mais dimensões. Nesse contexto, o aparecimento de fenômenos dependentes do tamanho, geralmente permite novas aplicações. Existe, ainda, a utilização das propriedades dos materiais em nanoescala, que são diferentes das propriedades dos átomos e moléculas individuais e matérias a granel, para criar materiais, dispositivos e sistemas melhores que exploram essas novas propriedades⁷.

A nanotecnologia pode ser aplicada em praticamente todas as áreas da sociedade, e isso demanda interdisciplinaridade para sua elaboração e integração de diversas disciplinas; é uma tecnologia que demanda epistemologia transdisciplinar e multidisciplinar. Considerando essas características, ela é considerada a via para a resolução de muitos dos problemas da atualidade⁸.

A nanociência e a nanotecnologia (N&N), o estudo e a aplicação dessa tecnologia, respectivamente, ganham espaço no cenário brasileiro a partir dos anos 2000, quando ocorreram as primeiras iniciativas de reunir pesquisadores que já atuavam ou que tinham interesse na área⁹. No entanto, a discussão da regulação, na ótica jurídica, ainda é recente, incipiente e disciplinar.

É oportuno destacar que o Brasil, desde o ano de 2010, aparece em 13º lugar no *ranking* dos países que têm prioridade para depósito de patentes relacionadas à nanotecnologia. Desde o ano de 2008, ocupa essa mesma posição entre aqueles com

⁵ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

⁶ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

⁷ FRONZA, T.; GUTERRES, S. S.; POHLMANN, A. R.; TEIXEIRA, H.F. *Nanocosméticos: em direção ao estabelecimento de marcos regulatórios*. Porto Alegre: Gráfica da UFRGS, 2007.

⁸ MEDEIROS, E.S.; PATERNO L.G.; MATTOSO L.H.C. *Nanotecnologia*. In: Durán N, Mattoso LHC, Moraes PC, organizadores. *Nanotecnologia Introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação*. São Paulo: Artliber, 2006.

⁹ FERNANDES, M.F.M., FILGUEIRAS CAL. Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios). *Quim. Nova*, v. 8, n. 31, 2008, p.2205-2213.

preferência para depósito de patentes relacionadas à nanobiotecnologia¹⁰. Esse contexto revela o forte papel da sociedade brasileira no desenvolvimento de produtos ou processos relacionados à nanotecnologia e à nanobiotecnologia ou, ainda, o interesse das empresas estrangeiras no mercado nacional¹¹. Isso reforça ainda mais a necessidade urgente de regulação.

Mas esse cenário de incertezas sobre o desconhecido não pode servir como escusa para o progresso da humanidade, e o direito deverá encontrar elementos para que esse árduo caminho seja trilhado. Como exemplo podemos citar a aplicação do princípio ambiental da precaução, que visa evitar a ocorrência de danos ambientais frente às atividades cujos danos não são totalmente conhecidos pela ciência.

2. O uso de nanotecnologia e o risco sanitário

A (r)evolução tecnológica, em especial aquela que concerne às nanotecnologias, desencadeia consequências éticas, jurídicas e sociais na sociedade contemporânea. Barreto¹² adverte-nos que o uso da capacidade humana de criar e produzir em grande escala faz com que as ações da sociedade tecnocientífica provoquem, crescentemente, efeitos nocivos que são inseparáveis dos efeitos bons.

Uma das características das nanotecnologias é a incerteza em relação aos seus efeitos (bons e maus). Essa incerteza afeta também o direito, e esse, por sua vez, coloca em discussão os seus pilares da previsibilidade e da certeza. Os estudos existentes na atualidade ainda não permitem ou possibilitam sabermos quais são os reais efeitos dos nanocompostos em relação à saúde dos seres humanos¹³. Assim, cabe um olhar atento do direito, no que se refere ao risco contido nessa relação do uso das nanotecnologias na produção de nanoalimentos com a regulação jurídica. Como regular ou gerenciar o risco?

São oportunas as considerações de Aith¹⁴ no que tange ao objetivo do direito sanitário: reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde da população. O autor vai além: é, também, tarefa do direito sanitário orientar os poderes públicos a adotarem medidas concretas que possibilitem visualizar os possíveis riscos à saúde e as

¹⁰ NUNES, João Pimentel Rohem-Santos P. Pedidos de Patente sobre Nanotecnologia publicados no 2º semestre de 2009. INPI/DART/CEDIN/DIESPRO. Alerta Tecnológico nº20; 2010a. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/informacao/alerta_nano_20.pdf.

¹¹ ROSSI-BERGMAN, B. A nanotecnologia: da saúde para além do determinismo tecnológico. *Cienc Cult*, v. 2, n. 60, 2008, p.54-57.

¹² BARRETO, Vicente de Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹³ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

¹⁴ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

consequentes medidas cabíveis. Nota-se, pois, que é tarefa do direito sanitário gerenciar o risco oriundo do uso de tecnologia nano.

Quando o assunto é nanotecnologia, ainda estamos em um terreno fértil e bastante desconhecido, especialmente no que concerne aos riscos oriundos do uso dessa tecnologia. Não sabemos quais são os riscos e tampouco temos um acompanhamento contínuo para avaliação dos riscos (tarefa que é da Vigilância Sanitária – monitoramento dos riscos).

A presença do risco coloca em xeque as certezas; insere-nos em um universo de incertezas. Vejamos as contribuições de Maturana e Varela¹⁵ a esse respeito:

[...] tendemos a viver num mundo de certezas, de uma perspectividade sólida e inquestionável, em que nossas convicções nos dizem que as coisas são da maneira como as vemos e que não pode haver alternativa ao que parece certo. Tal é nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo corrente de sermos humanos.

O paradigma da certeza já se tornou uma ficção; o que nos resta é aceitar e trabalhar com as probabilidades diante do risco. A nossa tendência é a busca de uma certeza. Entretanto, o risco balança as estruturas dessa sólida e inquestionável certeza. O direito tem como uma de suas tarefas gerenciar o risco. Essa função de “gerenciador de riscos” é notória no campo do uso de tecnologia nano na produção de medicamentos, já que o direito sanitário tem a pretensão de gerir os riscos dentro da saúde.

Conforme De Giorgi¹⁶, o controle das indeterminações sempre se mostrou como problema para a sociedade. As estruturas da sociedade moderna são paradoxais. Na contemporaneidade, reforçam-se, de modo simultâneo, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação, dentre outros paradoxos. Nesse contexto, o risco é uma condição estrutural para os sistemas, notadamente em relação ao direito, tendo em vista que o risco sobrecarrega o direito que fixará pressupostos jurídicos que permitam a orientação das expectativas no futuro (incerto, impreciso). É justamente essa orientação em relação às expectativas no futuro que falta ao direito quando o assunto é o uso de nanotecnologia na produção de alimentos.

Assim, observa-se que, na sociedade atual, o sistema do direito tem de dar respostas que ultrapassem as tradicionais. Logo, percebe-se que novas demandas (tais como a regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos) vão surgindo, e o direito fundamentado na perspectiva dogmática não responde às demandas da sociedade. Esses problemas novos só podem ser afrontados por meio de uma análise da complexidade típica da sociedade moderna, a qual permite observar e desvelar os seus

¹⁵ MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas do comportamento humano*. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo: Athenas, 2011. p. 11.

¹⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão. *Revista CCJ – UFSC*, n. 28, ano 15, junho de 1994, p. 45-54.

paradoxos. As contingências da modernidade tornam-na cada vez mais complexa e ilimitadamente mutável, o que não é diferente no direito sanitário e nas nanotecnologias.

*Conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza*¹⁷. Dialogar com a incerteza, no dizer de Morin, remete-nos à sociedade cuja característica (uma delas) é o risco, na qual já não há mais espaço para as certezas. É nesse contexto da sociedade moderna que estão o direito sanitário e as nanotecnologias. O direito precisa dar respostas jurídicas aos riscos, e essas surgem a partir da irritação que o sistema jurídico sofre.

Atualmente, quando o assunto é ciência, as dúvidas colocam-se à frente das certezas. A inovação da nanotecnologia faz emergir diferentes questões relacionadas a distintas áreas do conhecimento, especialmente à área jurídica, em função dos riscos oriundos do seu uso¹⁸.

A ideia de risco fragiliza, para não dizer elide, um dos alicerces do direito: a segurança jurídica. A partir do momento em que admitimos o risco, não é mais possível conceber a existência da certeza ou da segurança jurídica. A regulação do uso de tecnologia nano precisa considerar a incerteza oriunda do risco.

Considerando que a regulação de uma nova tecnologia é sempre um risco, especialmente no caso das nanos, pode-se cogitar uma regulação baseada em evidência científica, interativa, colaborativa e flexível, pois esse é um modo de enfrentar o risco¹⁹. Explicando: não se quer dizer, com isso, que o direito não decidirá com o seu código binário (direito/não direito), mas sim que o que pode irritar o sistema são essas informações oriundas das evidências científicas.

Deve-se observar que, na questão dos nanomateriais, não temos dados sobre os seus impactos na saúde. Desconhecemos a toxicidade dos materiais nanotecnológicos, bem como os métodos para realizar os testes de toxicidade e os impactos para a saúde oriundos da manipulação de nanopartículas²⁰.

As nanotecnologias são uma forma de ambivalência, pois oferecem oportunidades para a sociedade e, paralelamente, apresentam profundos riscos sociais e ambientais. Os riscos não existem tão somente em função de ser uma “tecnologia capacitadora de tecnologias” para a indústria biotécnica, mas, especialmente, porque estamos diante do envolvimento da manipulação atômica. Ou seja, pode-se, a partir

¹⁷ MORIN, Edgar. *Cabeça bem-feita*. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p.59.

¹⁸ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

¹⁹ DEVALAPALLY, H et al. Role of nanotechnology in pharmaceutical product development. *Journal of Pharmaceutical Sciences*, n. 10, v. 96, n. 10, p. 2.547-2.565, 2007.

²⁰ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

disso, tornar possível a fusão do mundo biológico com o mecânico. Talvez a humanidade ainda não esteja preparada para enfrentar tamanha evolução. O direito tampouco.

O elixir da morte (DDT - dicloro-difenil-tricloreto), do livro “A primavera silenciosa”, de Rachel Carson, em 1962, foi um dos primeiros escritos a chamar a atenção do mundo para os riscos da ciência e da tecnologia; ou seja, a relação ciência, inovação e risco não é invenção da modernidade. A presença do risco, há décadas, já é uma constante social com a qual o direito, a saúde e a política ainda não sabem lidar. Tampouco nós!

Mas esse cenário de incertezas sobre o desconhecido não pode servir como escusa para o progresso da humanidade, e o direito deverá encontrar elementos para que esse árduo caminho seja trilhado. Como exemplo podemos citar a aplicação do princípio ambiental da precaução, que visa evitar a ocorrência de danos ambientais frente às atividades cujos danos não são totalmente conhecidos pela ciência.

3. Emergência da pluralidade de fontes do direito e de atores não legislativos na regulação²¹

O uso de nanotecnologias na produção de alimentos não encontra resposta do tipo jurídica nas fontes (tradicionais) do direito. Logo, surge a emergência por novas fontes de direito, dentre as quais podemos destacar atores não legislativos, para atuarem na regulação. Um desses atores não legislativos que abordaremos nesse item é a ANVISA.

A(s) resposta(s) para a regulação do tema demandam um (re)processar que considere a emergência da pluralidade de fontes do direito e de atores não legislativos, visto que essas respostas podem vir, inclusive, do sistema da saúde ou da política. É nesse sentido que se deve observar a relevância do papel regulatório exercido pela ANVISA. As fontes tradicionais do direito (a lei) já não dão conta de regular, por exemplo, itens atrelados à qualidade do alimento e ao uso da tecnologia nano. As resoluções da agência podem ser vistas como fonte de regulação, tendo em vista que exercem papel vinculante quando o assunto é regulação de medicamentos.

Considerando o abismo epistemológico entre o direito vigente²² e as nanotecnologias, vislumbrar a agência como uma fonte oriunda de um ator não legislativo e emergente para subsidiar a regulação em uma perspectiva técnica, é uma possibilidade que deve ser considerada.

²¹ Para esse subitem, não serão utilizadas as categorias sistêmicas relacionadas à expectativa jurídica e à diferenciação funcional. A escolha teórica para esse ponto foi a pluralidade de fontes e a regulação na ótica portuguesa.

²² CARVALHO, Délton Winter. *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Para uma discussão mais clara sobre a questão das fontes oriundas de atores não legislativos, é preciso que apresentemos algumas observações teóricas no que diz respeito à compreensão dessas fontes. Dentro dessa discussão, é oportuno observarmos as contribuições do direito constitucional português, especialmente no que tange à lei em sentido material e à lei em sentido formal. Assinala Miranda que “*a lei em sentido material corresponde à lei como acto da função legislativa [...] é sempre, necessariamente, também lei em sentido formal. Já não a lei em sentido formal, que pode ou não ser revestida de conteúdo legislativo*”²³. Conforme o autor, a distinção entre ambas tem histórico na doutrina alemã do século XIX. Destaca, ainda, que a abstração, enquanto característica da lei, está sendo deixada de lado ou abandonada devido à emergência das *leis-medidas*. Pode-se considerar que esse é um fenômeno de administrativização do legislativo, assunção de poderes normativos pelo executivo²⁴.

O executivo, com atribuições de natureza de competência legiferante e diante da complexidade incalculável, esgota a dicotomia *lei-regra e lei-medida*, e, cada vez mais, são tênues as fronteiras entre legislação e administração. A dilatação desses campos e a pulverização decisionista conduzem à descentralização dos poderes normativos, descodificação, deslegalização e desregulação²⁵. Nota-se, pois, que é possível um (re)processar que possibilite a regulação oriunda, inclusive, do executivo; se considerarmos que a ANVISA está vinculada ao Ministério da Saúde, então a regulação foi, em certa medida, *descentralizada* para o executivo.

Há um descompasso entre o avanço da nanotecnologia e a regulação jurídica (quicá sanitária). O legislativo e o direito ainda não dão conta de enfrentar a criatividade e a evolução humana quando o assunto é tecnologia em nano escala.

Em função desse descompasso, é crucial pensarmos no diálogo entre as diversas fontes do direito: o diálogo é imprescindível para as nanotecnologias. É preciso alargar a noção de regra jurídica, ou seja, ir além do texto da lei para enfrentar a realidade das nanotecnologias na produção de medicamentos. Em tempos de globalização, de nanotecnologias e de pluralismo de formas de ingresso no cenário jurídico, é indispensável que haja uma releitura da regra jurídica e das suas fontes.

Engelmann²⁶ adverte, ainda, que o foco nos aspectos vinculados à regulação não deve preencher os pressupostos do suporte fático (na perspectiva pontiana), mas, sim,

²³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 358.

²⁴ Cumprer destacar que, nessa temática, o autor apresenta outros fundamentos para “justificar” a natureza das *leis-medidas* que não foram apresentadas na presente reflexão. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

²⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

²⁶ ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

observar o presente e o futuro, ou seja, no caso das nanotecnologias, observar as regras da ISO (International Organization for Standardization), considerar e valorar as “boas práticas” que apresentam um caráter normatizador em âmbito nacional/internacional, bem como as normatizações (sem caráter eminentemente jurídico na acepção clássica das fontes) que fogem à concepção clássica de fontes de direito.

Saraiva²⁷, notadamente no que tange à questão do universo ISO e a autorregulação, observa que a incipiente regulação desse setor é uma possibilidade bastante ajustada, mas é necessário (re)pensarmos, para o futuro, novos mecanismos a serem reequacionados, tais como a mudança de um estilo *soft law* para o *hard law*, tendo em vista que a indústria pode acautelar essa autorregulação da ISO. É preciso, também, observar o *timing* da regulação, seguido do seu conteúdo, extensão, forma e intensidade.

São oportunas as contribuições de Góes e Engelmann²⁸ no que se refere à regulação: os autores advertem-nos para a observação da existência do gênero regulação e para as espécies *regulação tradicional* ou *legal* e a *regulação não tradicional*. No Brasil, tendo em vista a ausência de dispositivo legal que contemple as nanotecnologias, estamos diante da não regulação. Nota-se, pois, que, a partir dessa classificação de regulação proposta pelos autores, pode-se pensar na regulação não tradicional oriunda de outros instrumentos que não sejam a lei, mas sim na regulação da ANVISA.

A lógica verticalizada kelseniana da pirâmide para as fontes do direito (modelo escalonado) não dará conta de enfrentar essas complexidades e riscos mencionados acima. Engelmann²⁹ sugere a substituição do modelo verticalizado por um horizontalizado, no qual as fontes sejam postas lado a lado, e cujo filtro maior seria a constituição.

Essa releitura das fontes é adequada ao contexto do risco que traz como consequência a incerteza. Na modernidade, já não é mais possível termos certeza e previsibilidade no sistema do direito. Os modelos de gestão (dentre os quais se destaca a Agência Nacional de Vigilância Sanitária) dão *respostas regulatórias* que o déficit legislativo ainda não consegue dar. Trata-se, pois, de um modelo construtivista da autorresponsabilidade e autogestão do risco. Juridicizar o risco significa lidar com o futuro e com o improvável. Para incorporar o risco à juridicidade, é necessário valorar a “juridicização do risco”, realizada pelos mecanismos de gestão e de

²⁷ SARAIVA, Rute. “Memórias de um átomo”: nanotecnologia, percepção do risco e regulação. In: GOMES, Carla Amado. (Org.) *Direito(s) dos riscos tecnológicos*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. p. 485-534.

²⁸ ENGELMANN, Wilson; GÓES, Maurício de Carvalho. *Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente de Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

²⁹ ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

autorresponsabilidade do risco³⁰. Juridicizar o risco é o desafio imposto ao direito, à saúde e à política.

Engelmann e Flores³¹ advertem-nos de que

O caminho a ser percorrido em razão do surgimento das nanotecnologias deverá afastar-se das principais características dogmáticas do positivismo jurídico a fim de viabilizar uma atividade criadora, transdisciplinar, dados os contornos inusitados da matéria trabalhada: criatividade [...]

O direito pautado na “velha” dogmática não consegue dar respostas à criatividade humana. A regulação da “criatividade” deve ser tão criativa quanto ela própria na sua essência. É preciso construir respostas para o problema da falta de regulação.

A partir de uma perspectiva crítica³², pode-se questionar se é possível gerenciar o risco oriundo dessa “criatividade” com base no atual ordenamento jurídico, e mais: como inserir no direito os aspectos ou as contribuições das *normatizações* que ocorrem fora do universo eminentemente jurídico? Quais seriam os acoplamentos estruturais entre direito e saúde que permitiriam a regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos? E mais (conforme Engelmann³³): como regular? O que regular? E por que regular?

Nesse contexto, a Constituição pode servir como sustentáculo para a ideia trazida por Von Hohendorff e Engelmann³⁴, de diferentes fontes do direito, tanto nacionais quanto internacionais, de origem do Estado ou de outros atores. Somente assim é possível formar uma “árvore da decisão”; desse modo, o direito poderá dar respostas jurídicas adequadas ao contexto da (r)evolução científica, na qual está o uso de tecnologia nano. Essa possibilidade permite um marco regulatório que dê conta das complexidades inerentes às nanotecnologias. Um marco regulatório tradicional, calcado na lei, com

³⁰ ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

³¹ ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. As nanotecnologias e os marcos regulatórios. Desafios éticos e possibilidades legais para a construção de um direito que normatize as pesquisas. *Revista Jurídica*, ed. 61, sem numeração. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/44/artigo162268-1.asp>. Acesso em 24/03/2017

³² É oportuno destacar que esse questionamento, em especial, toma por base a influência do pensamento sistêmico de Niklas Luhmann.

³³ ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

³⁴ VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

conceitos fixos, não se mostra adequado à velocidade das transformações das ciências duras.

Cabe observar, no contexto da pluralidade de fontes, que o paradigma regulatório é um instrumento fundamental da política de saúde nos países ocidentais e deve ser também perspectivada como uma nova área científica e acadêmica³⁵. A teoria da regulação emerge de vários ramos do conhecimento, dentre os quais o do direito, o da economia, o da saúde, e demanda reequacionar os interesses sociais e jurídicos na atual conjuntura. Assim, a lei deve ser a base com conceito alargado que estará no plano da legislação em geral e que servirá de base para a regulação.

E é exatamente em decorrência desta constatação que podemos afirmar, com certa segurança, que o poder regulamentar da ANVISA, como o de qualquer outra agência reguladora, não afronta à Carta Magna, pois não se confunde com o poder legiferante. Enquanto este é primário (decorre da Constituição), aquele é secundário, ou seja, tem como fonte de fundamento um ato derivado do poder legiferante (lei, decreto, etc.), e visa apenas detalhar a aplicação daquela norma primária. E é natural que assim o seja, pois os detalhes técnicos da matéria regulada (em especial quando se trata de nanoalimentos) geralmente são dominados pelas equipes técnicas dos órgãos reguladores, dotadas de alta especialização, e não pelo legislador, que realmente não é obrigado a conhecer os meandros da matéria.

Esse uso cada vez mais corrente do poder regulamentar pelas agências reguladoras decorre de um processo de desestatização que teve início na década de 90, em que o Estado, via de regra, transfere para a iniciativa privada o exercício das atividades econômicas não estratégicas, concentrando seus recursos e expertise no controle e regulação do mercado, buscando, assim, uma maior eficiência e racionalidade.

Tem-se, no Brasil, um conceito alargado de direito à saúde, insculpido no art. 196, da Constituição Federal de 1988, e nas próprias leis que instituíram a Vigilância Sanitária e a ANVISA (leis 6.360/1976 e 9.782/1999, respectivamente), conforme já referido anteriormente. No entanto, é preciso reequacionar as ações para a regulação intersetorial, bem como rever o monopólio da lei como sendo a única *fonte reguladora* e possibilitar o ingresso de novos atores não legislativos no cenário da regulação, como, por exemplo, a ANVISA.

4. A produção de alimentos com partículas nano e o seu *estado da arte*

A expressão nanoalimento, ou *nanofood*, abarca os alimentos que foram cultivados, produzidos, processados ou embalados com técnicas ou instrumentos nanotecnológicos, ou para os quais nanomateriais manufaturados tenham sido

³⁵ NUNES, Rui. *Regulação da saúde*. Porto: Vida Económica, 2014. p.13.

adicionados³⁶. Há ainda uma espécie de *vulgata* para a terminologia dos alimentos com nanotecnologia: são os chamados *alimentos ultrafinos*; no entanto, é complexo saber qual produto pode, efetivamente, ser chamado de nano. Observa-se que a nanotecnologia pode ser utilizada em todas as fases da cadeia de produção dos alimentos. Vejamos, a seguir, de que modo essa tecnologia é utilizada na cadeia produtiva.

Na produção primária, há a possibilidade de serem utilizadas substâncias químicas nano formuladas para aumentar a sua eficácia em relação às convencionais e utilizados nanomateriais na purificação da água e limpeza do solo. Nota-se que os nanomateriais não são eliminados na colheita da produção; destarte, há o risco (com grande potencial) de exposição do consumidor final aos desconhecidos efeitos dos nanoalimentos. Na fase de processamento, é possível aplicarem-se nanotecnologias em maquinários de produção, e, nesse contexto, os nanomateriais têm contato direto com os alimentos. Um exemplo claro dessa situação é o revestimento de máquinas que usam nanopeneiras para eliminar bactérias.³⁷

Os nanomateriais ou dispositivos nanotecnológicos são incorporados aos materiais de embalagem ou recipientes dos alimentos para aumentar o tempo de conservação e manter os produtos frescos. Em materiais de embalagem podem ser aplicadas, também, nanomaterias reativas, os nanossensores, capazes de reagirem a mudanças ambientais, como temperatura e umidade, nos locais de armazenagem, à deterioração de produtos e à presença de micro-organismos. É o prolongamento do tempo de validade dos alimentos³⁸.

Há riscos ainda mais latentes, tais como o dióxido de titânio, que é um branqueador, e a sílica. Eles são utilizados em alimentos na forma de partículas em microescala, e ainda não temos respostas concretas quanto aos seus efeitos nocivos. Entretanto, na nanoescala, eles têm as suas propriedades totalmente alteradas, podendo se tornar tóxicos e até mesmo causar danos ao DNA e câncer³⁹.

Para que haja regulação dos nanoalimentos, é condição de possibilidade que o direito considere aspectos tecnocientíficos, tais como o tamanho do material, o processo, as propriedades físico-químicas, a segurança dos alimentos e os riscos. A regulação

³⁶ JOSEPH, T.; MORRISON, M. *Nanotechnology in agriculture and Food*. Nanoforum Report. 2006. Disponível em: <http://www.nanoforum.org/datein/nanotechnology%20in%20agriculture%20and%20food.pdf?20032007152346>. Acesso em 16/04/2017.

³⁷ BOUWMEESTER, H.; DEKKERS, S.; NOORDAM, M. Y.; HAGENS, H. W. I.; BULDER, A. S.; HEER, C.; VOORDE, S. E. C. G.; WIJNHOFEN, S. W. P.; MARVIN, H. J. P.; SIPS, A. J. A. M. *Review of health safety aspects of nanotechnologies in food production*. 2008. Disponível em: www.elsevier.com/locate/yrtph. Acesso em 16/04/2017.

³⁸ BOUWMEESTER, H.; DEKKERS, S.; NOORDAM, M. Y.; HAGENS, H. W. I.; BULDER, A. S.; HEER, C.; VOORDE, S. E. C. G.; WIJNHOFEN, S. W. P.; MARVIN, H. J. P.; SIPS, A. J. A. M. *Review of health safety aspects of nanotechnologies in food production*. 2008. Disponível em: www.elsevier.com/locate/yrtph. Acesso em 16/04/2017.

³⁹ YOUNG, S. B. *Nanotechnology. It's What's For Dinner!* 2011. Disponível em: http://nanotech-now.com/news.cgi?story_id=41580. Acesso em 05/05/2017.

estatal da nanotecnologia demandará um diálogo interdisciplinar em relação à multiplicidade de agências e órgãos que deverão regular o tema, visto que essa tecnologia permite diversas aplicações. Estamos diante de uma emergência jurídica: há a necessidade imperativa da definição dos níveis de risco e do estabelecimento de legislação específica sobre a produção e a comercialização de nanoalimentos.

O uso de tecnologia nano para a produção de alimentos seguros e de qualidade pode ser uma estratégia positiva para a saúde pública, tendo em vista a relação custo/benefício, a segurança e a qualidade nutricional. Todavia, temos dois obstáculos: a falta de informações acerca dos riscos e a ausência de regulação.

No que tange à falta de informação, essa já foi abordada nos apontamentos iniciais relacionados ao risco. Sobre a (des)regulação, é preciso considerar a ideia de reforma dos sistemas, em especial do direito e da saúde, para o enfrentamento da regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos. A reforma é uma necessidade vital para a regulação. Vejamos as contribuições de Vial⁴⁰ acerca da discussão da reforma:

[...] a “reforma” se torna de fato uma necessidade [...] A grande questão é que a reforma pressupõe crise; esta, por sua vez, muitas vezes é “reformada” através de uma nova legislação, criando, assim, um círculo vicioso crise-reforma-lei. Porém, o problema permanece, pois não efetivamos uma reforma dos próprios reformadores. Observamos no sistema da política brasileira uma constante irritação quanto à criação de novas legislações.

A reforma jurídica e sanitária, para enfrentar a produção de alimentos com nanotecnologia, tem ocorrido de modo praticamente inexistente e pouco satisfatório no Brasil; por isso, anteriormente, mencionamos o *déficit legislativo*. Na sociedade atual, o sistema do direito tem de dar respostas que ultrapassem as respostas tradicionais. Assim, percebemos que a demanda da regulação do uso de tecnologia nano na produção dos alimentos não encontra resposta no direito fundamentado na perspectiva dogmática; a reforma legislativa não tem dado conta de responder à complexidade do tema. Essas “novas legislações” não ultrapassam o campo de discussão, não se tornam “decisões coletivamente vinculantes” (leis). O processo de reforma, no âmbito do tema proposto, é extremamente engessado. É preciso que tomemos a sério a demanda de efetivar o direito à saúde e de modo mais amplo, atentando, também, para a necessidade de (re)construir o direito regulatório.

A regulação jurídica do uso de nanotecnologias na produção de medicamentos demanda, também, um novo olhar dos sistemas do direito, da saúde e da política. É preciso (re)construirmos a análise dos riscos desconhecidos, bem como considerarmos

⁴⁰ VIAL, S. R. M. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 10 ed. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2013, p. 221-241.p. 231.

a necessidade da cultura de Boas Práticas de Laboratório destinadas ao manuseio, à armazenagem, ao descarte e à segurança pessoal em ambientes nos quais se trabalha com nanoestruturas. Essa análise de Boas Práticas já existe, mas não (de modo sólido) no âmbito dos nanoalimentos. O direito e a política precisam ser irritados com essas informações, a fim de incorporá-las ao seu código binário próprio.

As dificuldades enfrentadas pela Vigilância Sanitária, no que concerne à regulação e ao monitoramento dos eventos adversos (riscos) das novas tecnologias, traz como incremento da complexidade a ausência, a insuficiência ou a incerteza de informações científicas. Nesse contexto, as decisões regulatórias devem levar em conta o princípio da precaução, que “propõe o uso-consumo controlado” dos nanoalimentos até que novos resultados sobre a avaliação do risco sejam obtidos, de forma a proteger o ambiente e o consumidor”⁴¹.

A regulação precisa *diferenciar-se* ainda mais, pois existe a necessidade de segregar e agrupar os produtos oriundos da escala de produção com tecnologia nano em diferentes categorias ou grupos, com ênfase na cadeia produtiva dos nanoalimentos. É crucial que se utilizem os parâmetros das outras ciências, que não só a jurídica, pois o direito, por si só, não abarca a variabilidade estrutural e características físico-químicas que conferem propriedades que podem representar maior ou menor risco sanitário.

No que concerne à legislação brasileira, destaca-se que não há previsão legal específica para os nanoalimentos: o suporte fático existe, mas a norma não. Temos como parâmetro geral a Lei 6.437/77, que estabelece sanções às infrações à legislação sanitária federal; a Lei 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); as resoluções dessa agência para remédios e segurança alimentar. Temos, ainda, a Instrução Normativa Interministerial 1, de 1º de abril de 2004, que definiu os procedimentos complementares para aplicação do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, que dispõe sobre o direito à informação, assegurado pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares, destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Cabe frisar que se estabeleceu, ainda, um Regulamento Técnico que está anexado à Instrução Normativa.

Por fim, cabe salientar que, no tange à verificação da existência de nanotecnologia na alimentação e a sua utilização na cadeia produtiva, ainda não há possibilidade de regulação, tendo em vista a falta de estudos e de mecanismos de análise dos riscos. Há a necessidade urgente de adoção de políticas públicas, no Brasil, referentes à aplicação da tecnologia “nano” em alimentos e na agricultura, com vistas a conduzir o

⁴¹ SCHULTE P.A., SALAMANCA-BUENTELLO F. Ethical and scientific issues of nanotechnology in the workplace. *Cien Saúde Colet*, 2007, n. 12, v.5, p.1319-1332.; VON HOHENDORFF R, ENGELMANN W, OSHIROV M. As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 2013, v. 2, n. 2, p.668-683.

processo de produção e de consumo dos nanoalimentos, pois, ao cabo, a preocupação central deve ser a segurança alimentar.

Considerações finais

Os novos desafios trazidos pela era pós-moderna, em especial a resposta ao aumento da demanda por recursos decorrentes do vertiginoso crescimento populacional, requerem do sistema jurídico uma constante adaptação e evolução, neste sentido (apenas neste sentido) bem parecida com a teoria evolucionista criada pelo naturalista britânico Charles Robert Darwin.

Parte dessa evolução jurídica se reflete na reconfiguração dos conceitos tradicionais das normas jurídicas, onde se destaca o papel regulamentador das agências reguladoras, que, por excelência, possuem um corpo técnico mais preparado para enfrentar a questão em toda a sua inteireza, tornando-se o foro adequado para a discussão e regulamentação da matéria.

É neste sentido que pode-se perceber que o sistema do direito está sendo constantemente irritado pelo ambiente para promover as alterações das suas estruturas internas, no entanto, observa-se que as respostas jurídicas clássicas que o sistema do direito tem ofertado mostram-se insuficientes, portanto, há a necessidade de nova leitura das fontes do direito, talvez com outro olhar teórico para esse aspecto, especialmente no que concerne à pluralidade de atores não legislativos para fins de regulação da produção e comercialização dos nanoalimentos.

Podemos dizer, em suma, que a produção de nanoalimentos, dentro de um contexto macro da nanotecnologia, é uma alternativa viável do ponto de vista tecnológico, e o direito precisa encontrar mecanismos que garantam a segurança necessária para seu uso e desenvolvimento. Cabem aos atuais operadores do direito compreenderem essa nova realidade e estabelecerem novos conceitos que adequem o uso dessa tecnologia à normas de regulação e controle sanitário.

Essa nova forma de encarar o direito passa, enfim, pelo tratamento conjunto das diversas disciplinas envolvidas. A regulação jurídica do uso de nanotecnologias na produção de alimentos demanda, portanto, um novo olhar do sistema do direito, da saúde e da política. É preciso (re)construirmos uma cultura de Boas Práticas de Laboratório, destinadas ao manuseio, armazenagem, descarte e segurança pessoal, em ambientes nos quais se trabalha com nanoestruturas. Essa análise de Boas Práticas já existe, mas não no âmbito das nanotecnologias. O direito e a política precisam ser irritados com essas informações a fim de incorporá-las ao seu código binário próprio.

As dificuldades enfrentadas pela vigilância sanitária, no que concerne à regulação e monitoramento dos eventos adversos (riscos) das novas tecnologias na produção de alimentos, traz como incremento da complexidade a ausência, a insuficiência ou a

incerteza de informações científicas, o que não pode ser usado como elemento inibidor do seu desenvolvimento.

A regulação precisa diferenciar-se ainda mais, pois existe a necessidade de segregar e agrupar os alimentos produzidos com tecnologia nano em diferentes categorias ou grupos. É crucial que se utilize os parâmetros das outras ciências, que não só a jurídica, pois o direito por si só não abarca a variabilidade estrutural e características físico-químicas, que conferem propriedades que podem representar maior ou menor risco sanitário, tais como as nanopartículas solúveis ou insolúveis, por exemplo.

Em suma, podemos dizer que essa tensão existente entre o aumento da demanda global por recursos e as incertezas científicas inerentes à nanotecnologia, em especial aos nanoalimentos, só pode ser resolvida a partir de uma visão multidisciplinar, que englobe o direito, a política, a economia, a saúde, e os mais variados enfoques correlatos. Enfim, *alea jacta est*.

Referências

- AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOUWMEESTER, H; DEKKERS, S.; NOORDAM, M. Y.; HAGENS, H. W. I.; BULDER, A. S.; HEER, C.; VOORDE, S. E. C. G.; WIJNHOF, S. W. P.; MARVIN, H. J. P.; SIPS, A. J. A. M. Review of health safety aspects of nanotechnologies in food production. 2008. Disponível em: www.elsevier.com/locate/yrtph. Acesso em 16/04/2017.
- BRASIL, ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Gestão 2005-2010: principais realizações / Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: ANVISA, 2010.
- CARVALHO, Délton Winter. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CHAU, C. F.; WU, S. H.; YEN, G. C. The development of regulations for food nanotechnology. Trends in Food Science & Technology. 18(2007)269-280.
- DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão. Revista CCJ – UFSC, n. 28, ano 15, junho de 1994, p. 45-54.
- DEVALAPALLY, H et al. Role of nanotechnology in pharmaceutical product development. Journal of Pharmaceutical Sciences, n. 10, v. 96, n. 10, p. 2.547-2.565, 2007.

- ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.
- ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. As nanotecnologias e os marcos regulatórios. Desafios éticos e possibilidades legais para a construção de um direito que normatize as pesquisas. Revista Jurídica, ed. 61, sem numeração. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/44/artigo162268-1.asp> . Acesso em 24/03/2017
- ENGELMANN, Wilson; GÓES, Maurício de Carvalho. Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente de Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FERNANDES, M.F.M., FILGUEIRAS CAL. Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios). Quim. Nova, v. 8, n. 31, 2008, p.2205-2213.
- FRONZA, T.; GUTERRES, S. S.; POHLMANN, A. R.; TEIXEIRA, H.F. Nanocosméticos: em direção ao estabelecimento de marcos regulatórios. Porto Alegre: Gráfica da UFRGS, 2007.
- JOSEPH, T.; MORRISON, M. Nanotechnology in agriculture and Food. Nanoforum Report. 2006. Disponível em: <http://www.nanoforum.org/datein/nanotechnology%20in%20agriculture%20and%20food.pdf?20032007152346>. Acessado em 16/04/2017.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas do comportamento humano. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo: Athenas, 2011.
- MEDEIROS, E.S.; PATERNO L.G.; MATTOSO L.H.C. Nanotecnologia. In: Durán N, Mattoso LHC, Moraes PC, organizadores. Nanotecnologia Introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. São Paulo: Artliber, 2006.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MORIN, Edgar. Cabeça bem-feita. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.
- NUNES, João Pimentel Rohem-Santos P. Pedidos de Patente sobre Nanotecnologia publicados no 2º semestre de 2009. INPI/DART/CEDIN/DIESPRO. Alerta Tecnológico nº20; 2010a. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/informacao/alerta_nano_20.pdf. Acesso em: 10/04/2017.

NUNES, Rui. Regulação da saúde. Porto: Vida Económica, 2014.

PESSOA, Fernando. Mensagem. Disponível em:
<http://www.cfh.ufsc.br/~magno/mensagem.htm> . Acesso em 10/04/2017.

ROSSI-BERGMAN, B. A nanotecnologia: da saúde para além do determinismo tecnológico. Cienc Cult, v. 2, n. 60, 2008, p.54-57.

SARAIVA, Rute. “Memórias de um átomo”: nanotecnologia, percepção do risco e regulação. In: GOMES, Carla Amado. (Org.) Direito(s) dos riscos tecnológicos. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. p. 485-534.

SCHULTE P.A., SALAMANCA-BUENTELLO F. Ethical and scientific issues of nanotechnology in the workplace. Cien Saúde Colet, 2007, n. 12, v.5, p.1319-1332.

VIAL, S. R. M. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 10 ed. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2013, p. 221-241.

VON HOHENDORFF R, ENGELMANN W, OSHIROV M. As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução para equacionar os riscos do trabalhador. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2013, v. 2, n. 2, p.668-683.

VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

YOUNG, S. B. Nanotechnology. It's What's For Dinner! 2011. Disponível em:
http://nanotech-now.com/news.cgi?story_id=41580 . Acesso em 05/05/2017

AS SEMENTES GENETICAMENTE MODIFICADAS E O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

THE GM SEEDS AND THE RIGHT TO DEVELOPMENT

Milena Barbosa de Melo¹

Universidade Estadual da Paraíba/Universidade de Ciências Sociais e Aplicadas (UNIFACISA)

Nájila Bezerra²

Universidade de Ciências Sociais e Aplicadas- (UNIFACISA)

Sumário: Introdução; 1. O sistema de propriedade intelectual e a sua relação com o setor agrícola; a) Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução; 2. Uso dos transgênicos, sistema jurídico internacional e o princípio da precaução; 3. Biossegurança e o direito ao desenvolvimento; a) A lei de biossegurança e os sistemas jurídicos nacionais dos BRICS a partir de um mundo socialmente desenvolvido; Conclusão; Referências

Introdução

O sistema agrícola mundial modificou-se com o tempo, em virtude das adversidades que surgiram nas várias regiões do mundo, nomeadamente, mudanças climáticas (seca e chuvas exageradas), crise energética, aumento dos custos da produção agrícola, acarretando, portanto, um aumento significativo no preço dos alimentos e, consequentemente, interferindo diretamente na rotina da população.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem como objeto o estudo das questões sobre direitos de propriedade intelectual, no contexto das necessidades apresentadas pela população e ainda, a importância das questões que envolvem tais direitos e a grande influência identificada com as questões agrícolas, nomeadamente, nos organismos geneticamente modificados.

Além da mudança de foco, parte significativa das pesquisas sobre biotecnologia agrícola e quase todas as atividades de comercialização estão, na atualidade, sendo realizadas por empresas privadas transnacionais. A biotecnologia aplicada aos organismos e as sinergias entre esses e os insumos químicos provocaram uma profunda mudança na estrutura do mercado de sementes em nível global.

¹ Especialista, mestre e doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de Coimbra. Professora Universitária da Universidade Estadual da Paraíba e da Universidade de Ciências Sociais e Aplicadas- UNIFACISA. Consultora e pesquisadora jurídica. www.milenamelo.com. email: milena@milenamelo.com/milenabarbosa@gmail.com.

² Graduada em Direito pela UNIFACISA. Advogada

Nesse mesmo contexto, tornou-se possível observar o fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual a partir do advento de convenções internacionais, que se tornou de extrema importância nas atividades desempenhadas pelas empresas transnacionais do setor agrícola.

A partir do fortalecimento dos sistemas jurídicos nacionais, no que tange aos direitos de propriedade intelectual, o mercado agrícola passou a ser analisado de uma maneira diferente, pois a variável das patentes para plantas e, ainda, de organismos geneticamente modificados passou a ser considerada, gerando, portanto, o surgimento da necessidade do pagamento dos *royalties* quando do uso dos organismos, já que haverá, portanto, a garantia da propriedade dos genes para as empresas transnacionais. Pelas razões expostas, justifica-se a relevância do artigo ora apresentado.

Várias discussões surgem em relação à temática proposta, especialmente quanto ao uso dos organismos geneticamente modificados, mas, o presente estudo será norteado pela seguinte pergunta problema: o uso das sementes geneticamente modificadas afetará o direito à saúde e, consequentemente, o direito ao desenvolvimento?

Para responder a pergunta, ter-se-á como objetivo geral analisar se o uso dos organismos geneticamente modificados afetará a efetivação do direito à saúde e, em consequência do direito ao desenvolvimento. No intuito de alcançar as diretrizes estabelecidas anteriormente, buscar-se-á vencer as seguintes etapas: identificar se o sistema da modificação genética das sementes afeta o direito à saúde; enquadrar o direito à saúde como elemento fundamental para o direito ao desenvolvimento e analisar se o direito ao desenvolvimento é afetado a partir da entrada de sementes geneticamente modificadas no mercado de consumo.

A discussão proposta encontra-se localizada no campo das Ciências Sociais Aplicadas, especificamente no espaço da Propriedade Intelectual e encontra respaldo teórico na interlocução entre o Direito e outros territórios do conhecimento que destaquem a importância do diálogo no campo científico com pertinência à Ciência Jurídica e demais territórios do conhecimento no âmbito histórico-social. No concernente à relevância teórico-acadêmica, o trabalho procura reestabelecer novos diálogos de forma a possibilitar respostas aos novos problemas advindos do tecido social e que estão hoje a questionar o saber jurídico.

Por fim, este trabalho tem como um de seus alicerces o diálogo mediado pela Propriedade Intelectual, equilibrado como esteio à sustentabilidade, bem como o papel dos atores para a consecução do desenvolvimento. Percebe-se, assim, que o atendimento a estes preceitos constitucionais resgata a cidadania, de forma mediata. O caminho metodológico traçado consistiu em pesquisa bibliográfica e documental como espaço à construção de uma análise a partir do método hermenêutico fazendo uso da interpretação judicial-histórica.

1. O sistema de propriedade intelectual e a sua relação com o setor agrícola

As mudanças no cenário econômico, político regional e mundial, bem como o advento de novas tecnologias, especialmente biotecnologias, provocaram uma verdadeira revolução nos sistemas de propriedade intelectual que se conformaram ao longo do século XX em um grande número de tratados e acordos internacionais e foram consolidados no âmbito das negociações da Rodada do Uruguai do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) que deu origem à OMC (Organização Mundial do Comércio).

Assim, apesar da insuficiência da disciplina dos conflitos, a legislação procura estabelecer limites. Em 1970, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, com o objetivo de proteger as obras intelectuais humanas, abrangendo as áreas da ciência e da tecnologia, bem como fomentar o seu uso.

Em sequência, surgiu a Convenção de Paris sobre a Propriedade Intelectual. Esse diploma internacional disciplina a propriedade industrial, abrangendo patentes, marcas, desenhos e modelos industriais, nomes comerciais e a repressão contra a concorrência desleal, estipulando que *“cada Estado contratante terá que conceder aos nacionais dos demais Estados contratantes a mesma proteção que aos seus próprios nacionais.”* (MAGALHÃES, p. 149, 2011)

Ainda mais, com forte conexão com a OMPI, a União Internacional para Proteção de Obtenções Vegetais - UPOV é considerada como um sistema *sui generis* de propriedade intelectual e define o direito do obtentor, mediante título especial de patente, quando a pessoa cria ou descobre uma variedade vegetal. A presente convenção disciplina os requisitos para solicitação da patente, prazo para a sua existência bem como tutela os direitos do obtentor da patente.

Em sequência, com o intenso desenvolvimento industrial e a expansão do comércio nos países desenvolvidos, vislumbrou-se a necessidade de proteger o meio ambiente em sua integralidade. Assim, a Convenção sobre a Diversidade Biológica - CBD surgiu nos anos 60, tendo a sua assinatura e ratificação no Brasil somente nos anos 90.

Nesse sentido, verifica-se que os países em desenvolvimento acabam por enfrentar determinados obstáculos no que diz respeito à efetivação do direito ao desenvolvimento, pois quando se trata de engenharia genética, as dificuldades vão surgindo, já que a sociedade enfrentará, prioritariamente, problemas sociais, nomeadamente, a falta de alimentos, a qualidade dos alimentos, a efetivação do direito à saúde.

O sistema jurídico internacional concede a liberdade para que cada país, em âmbito interno, possa desenvolver sua prática específica voltada para as questões de agricultura e de propriedade intelectual. Por isso, existe uma variação considerável em

termos de legislação voltada para a regulamentação do direito de propriedade intelectual e da agricultura.

a) Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução

Não se sabe, ao certo, as consequências que podem surgir a partir dos organismos geneticamente modificados, tanto no âmbito da saúde, como no que diz respeito aos aspectos do meio ambiente. Dessa maneira, por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente.

O avanço da engenharia genética e a introdução no mercado mundial de um novo tipo de alimento “os geneticamente modificados ou transgênicos”, têm gerado muita polêmica. De um lado, a indústria da biotecnologia deposita extrema confiança na segurança da engenharia genética e sua importância para o desenvolvimento econômico e, de outro lado, há uma desconfiança generalizada da sociedade, motivada em parte pela ausência de informação.

Sendo assim, surge a necessidade de estabelecimento de normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, mecanismos e instrumentos para monitoramento, no sentido de assegurar o afastamento de danos à saúde humana e animal, assim como danos ao meio ambiente. Por isso, torna-se de substancial importância que cada país estabeleça um padrão de adoção de medidas essenciais de segurança para a produção dos alimentos geneticamente modificados. Essa questão se justifica a partir da ausência de informação sobre as questões relativas aos organismos geneticamente modificados. Por isso, o ordenamento jurídico interno de cada país deve estabelecer padrões normativos essencialmente claros, para que a população possa ter acesso às informações relacionadas com a engenharia genética.

Dessa maneira, as informações das leis nacionais devem estar estruturadas a partir de regras e princípios voltados para os direitos humanos e, conseqüentemente do direito ao desenvolvimento.

Em relação à produção de plantas e sementes geneticamente modificadas, observa-se que existem obstáculos para a reprodução, pois com a modificação genética da semente, surgirão restrições ao uso de elementos do próprio ecossistema pelo oferecimento de sementes melhoradas e mais produtivas que indubitavelmente serão mais utilizadas pelos produtores que visam uma maior produtividade para concorrer no mercado externo em função da maior possibilidade de obtenção de exportação.

O impacto da utilização dos organismos geneticamente modificados ocorreu no mundo inteiro, pois a falta de conhecimento real sobre as questões em torno dessa nova

forma de produção se tornou patente e, em sequência, à medida que as pesquisas eram desenvolvidas, as evidências dos malefícios para a saúde eram evidenciados.

Sendo assim, a insegurança causada pelo uso dos organismos geneticamente modificados passou a ser um problema real, tanto para os países desenvolvidos como para os países em desenvolvimento. O que se observa, na verdade, é o questionamento sobre as consequências do uso desses produtos pelos indivíduos.

No que tange ao meio ambiente, existem estudos revelando as consequências para os seres vivos a partir da utilização de OGMs na agricultura, por exemplo. A exposição de insetos e microorganismos a substâncias tóxicas produzidas pelos vegetais geneticamente modificados podem ocasionar a sua eliminação, provocando sério impacto ambiental.

Além disso, pesquisas citam a possibilidade de algumas culturas transgênicas, quando plantadas sob condições climáticas específicas, apresentarem queda na produtividade em relação à convencional; alteração no metabolismo humano a partir do consumo de certas substâncias transgênicas; oligopolização do mercado de sementes (risco tecnológico); aumento no preço final do produto, a partir da rotulagem de OGMs; dependência e exclusão dos pequenos agricultores, devido ao patenteamento da tecnologia pelas empresas que detêm o tipo de pesquisa (MORAIS 2004).

Os avanços biotecnológicos no campo da agricultura que estão intimamente relacionados com a engenharia genética, com a chegada dos organismos geneticamente modificados, têm sido acompanhados por uma grande polêmica, despertando muitas dúvidas e questionamentos em toda a sociedade, no sentido de qual a real necessidade de se criar OGMs.

Portanto, em face à insegurança gerada pelo uso dos organismos geneticamente modificados, entende-se que a lei que desenvolve culturas resistentes aos herbicidas precisa abrir canais de comunicação e discussão sobre os valores que essa tecnologia pode trazer à agricultura, à sociedade e às estratégias que assegurem o uso responsável e eficiente das culturas resistentes.

Por se tratar de uma nova tecnologia e considerando o reduzido conhecimento científico a respeito dos riscos de OGMs, torna-se indispensável que a liberação de plantas transgênicas para plantio e consumo, em larga escala, seja precedida de uma análise criteriosa de risco à saúde humana e do efeito desses produtos e serviços ao meio ambiente, respaldadas em estudos científicos, conforme prevê a legislação vigente. Assim, normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, e mecanismos e instrumentos de monitoramento e rastreabilidade são necessários para assegurar que não haverá danos à saúde humana e animal, bem como danos ao meio ambiente. Também são imprescindíveis estudos de impacto socioeconômicos e culturais, daí a relevância da análise da oportunidade e conveniência que uma nação deve fazer antes da adoção de qualquer produto ou serviço decorrente da transgenia (BRASIL, 2010).

Nessa perspectiva, como forma de auxílio para a tomada de decisões, muitos países, acabam por se utilizar do princípio da precaução. E, assim, quando é possível identificar riscos evidentes de prejuízos da biodiversidade e, ainda, para a saúde do indivíduo, não deve existir resistência na busca por medidas preventivas, mesmo que não existam evidências científicas.

O Princípio da Precaução foi formulado primeiramente pelos gregos e significava ter cuidado e estar ciente. Somente nos anos 70, o Princípio da Precaução foi consolidado na Alemanha em resposta à poluição industrial, ficando conhecido como *Vorsorge Prinzip*. Passados 20 anos, esse princípio estava disseminado por toda a Europa. Na década de 1990, outra forma de interpretação do Princípio da Precaução foi estabelecida nos Estados Unidos: “É melhor ser grosseiramente certo no tempo devido, tendo em mente as consequências de estar sendo errado do que ser completamente errado muito tarde”. Atualmente, o Princípio da Precaução vem sendo aplicado em todas as áreas da economia, que podem, de alguma maneira, causar danos à saúde humana e ao meio ambiente (NODARI, 2005).

Desta forma, a adoção do Princípio da Precaução constitui uma alternativa concreta a ser adotada diante de tantas incertezas científicas. Desta associação respeitosa e funcional do homem com a natureza, surgem as ações preventivas para proteger a saúde das pessoas e os componentes dos ecossistemas (BRASIL, 2010). Para atender o Princípio da Precaução, a liberação de AGM deve atender às necessidades de informação e de segurança do cidadão consumidor, sendo imprescindível que a avaliação da segurança desse produto aconteça antes da sua introdução no mercado de consumo (BARROS, 2008). Portanto, a responsabilidade sobre as questões de biossegurança é de cada sistema jurídico.

2. Uso dos transgênicos, sistema jurídico internacional e o princípio da precaução

Como elucidado, os transgênicos causaram um impacto significativo no âmbito internacional, no sentido da aceitação por partes dos países. Nesse sentido, no ano de 2000, o sistema jurídico internacional começa a se movimentar no sentido de regulamentar as questões dos organismos geneticamente modificados, no sentido de equilibrar os interesses entre as partes envolvidas na polêmica.

Nessa perspectiva, surge o protocolo internacional de biossegurança ou protocolo internacional de Cartagena com o objetivo de contribuir para a garantia de um nível adequado de proteção à transferência, manipulação e utilização segura dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna, que possam ter efeitos adversos na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica, levando-se em conta os riscos para a saúde humana.

O Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (PCB) é um tratado ambiental que faz parte da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). O PCB foi criado para tratar

dos produtos transgênicos no âmbito da CDB. Esse protocolo internacional resultou da Conferência das Partes da CDB, realizada em 17 de novembro de 1995, com o objetivo de criar segurança relativa a produtos da biotecnologia, principalmente “focado no movimento transfronteiriço de quaisquer transgênicos, resultantes da biotecnologia, e que possam ter efeitos adversos sobre a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica” (FILHO, 2014).

Torna-se importante observar ainda que, no protocolo internacional de Cartagena, existe a menção ao princípio da precaução, de forma que se evidenciam os elementos essenciais para utilização pelos ordenamentos jurídicos quando das questões que podem afetar a biodiversidade.

Importante discussão e consequente proteção trazida por este diploma internacional foi a questão da soberania dos países sobre os seus recursos biológicos, uma vez que o pensamento que prevalecia na época era que a biodiversidade era uma herança comum da humanidade, permitindo ao país que descobriu aquele recurso, explorar sem contrapartida para o país de origem.

O protocolo determina, ainda, que o acesso deverá ser de comum acordo, consentido previamente, bem como os benefícios deverão ser distribuídos de forma justa e igualitária, aduzidos de sua utilização comercial e científica. Aqui, destaca-se que a biodiversidade tem relação direta com as biotecnologias, uma vez que é matéria-prima imprescindível para o desenvolvimento da atividade agrária e da economia.

Por outro lado, devido aos crescentes problemas ambientais em todo o planeta, “a ONU encampou no universo de suas atividades e atribuições a discussão sobre a preservação ambiental e sua conciliação com a necessidade das atividades econômicas da sociedade humana” (MAGALHÃES, p. 173, 2011).

Assim, com vistas a sanar os conflitos de propriedade intelectual, a Organização das Nações Unidas - ONU criou, através dos seus conselhos, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento - CNDUCD, com a previsão para ocorrer a cada 4 anos, e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este último criado em 1985 pela Resolução 1985/17.

Contudo, apesar dos esforços para a proteção da biodiversidade e da propriedade intelectual na modalidade propriedade industrial e na modalidade direitos autorais, observa-se que as regras ainda são esparsas e, em muitas delas, há o conflito com a própria CDB. Este fato é tão verdadeiro que, constantemente, vislumbra-se violações a estes direitos através da biopirataria ferindo gravemente a diversidade do patrimônio genético nacional e, em consequência, a soberania.

3. Biossegurança e o direito ao desenvolvimento

Há pouca dúvida de que os avanços na biotecnologia podem afetar o dia a dia da sociedade, especialmente, quando surge a preocupação de que, para os países em

desenvolvimento, haverá uma restrição patente no acesso à tecnologia desenvolvida no âmbito da biodiversidade. Sendo assim, a biossegurança surge como instrumento essencial para garantir a manutenção equilibrada do sistema de produção agrícola.

Nesse sentido, biossegurança refere-se ao processo de proteção para a melhoria das culturas, conservação da biodiversidade, redução dos riscos de biopirataria, combate às pragas e doenças, com o intuito exclusivo de garantia do bem-estar da humanidade. Ainda mais, a biossegurança deve ser compreendida a partir de uma abordagem que integra elementos estratégicos de: segurança alimentar, vida animal, vegetal e de saúde, e ainda, os riscos ambientais.

Por isso, o objetivo da biossegurança é identificar, avaliar e responder adequadamente a todas as pragas e doenças que representem uma ameaça significativa para a agricultura, à silvicultura, à horticultura, à pesca, à biodiversidade nativa e à saúde humana. No âmbito internacional, a biossegurança está prevista de maneira expressa em apenas quatro acordos internacionais. O termo de biossegurança surge a partir de estudos desenvolvidos nos seguintes dispositivos jurídicos internacionais, nomeadamente, acordo da organização mundial do comércio sobre a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias, convenção sobre a diversidade biológica (CBD) e o protocolo de Cartagena sobre biossegurança, a comissão codex alimentarius, a organização mundial sobre saúde animal e a convenção fitossanitária internacional.

Sendo assim, quando se analisam os elementos que envolvem as questões sobre biossegurança, observa-se uma aproximação considerável dos elementos previstos da Declaração de Direito ao desenvolvimento e, ainda, na Declaração Universal de Direitos do Homem, especificamente, quando se analisa a segurança alimentar que é o acesso à alimentação de qualidade, o que incorre na garantia do direito à saúde e à educação, ou seja, o direito ao desenvolvimento atravessa elementos essenciais à condição humana. Por isso, as garantias normativas previstas no âmbito internacional precisam ser efetivadas. Os critérios para efetivação dos direitos humanos através da segurança alimentar são essenciais e, por isso, qualquer atuação, no sentido de violar os direitos humanos no âmbito da qualidade de vida através da segurança alimentar, deve ser afastada.

Não se pode falar em segurança alimentar, ou simplesmente em direito à alimentação, se os países não estabelecerem políticas públicas adequadas para o plano de agricultura alimentar, que possam abarcar todos os indivíduos de maneira adequada. O que deve ser levado em consideração é que a segurança alimentar deve ser a partir de uma alimentação de qualidade e não qualquer questão sobre alimentação.

Partindo dos elementos jurídicos internacionais estabelecidos no âmbito da biodiversidade, observa-se que os objetivos que se desejam alcançar são referentes à conservação da biodiversidade, ao uso sustentável dos recursos genéticos e, ainda, à partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos.

Portanto, os elementos indicados nos acordos internacionais, como é o caso do acordo TRIPS/OMC são medidas que visualizam a conservação e o uso sustentável dos

componentes na biodiversidade. Nesse contexto, o acordo TRIPS leva em consideração a transferência de tecnologia, gestão de biotecnologia e distribuição de benefícios e mecanismos financeiros. O texto estabelecido no acordo TRIPS, especificamente no artigo 6º, analisa o compromisso das partes contratantes em motivar o desenvolvimento de estratégias nacionais para a conservação e distribuição de benefícios para a biodiversidade.

Ao ressaltar essa importância, observa-se a integração com o texto estabelecido na Declaração de direito ao desenvolvimento no artigo 8, ao dispor que:

Os Estados devem pôr em prática, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e deverão assegurar, nomeadamente, a igualdade de oportunidades para todos no acesso aos recursos básicos, à educação, aos serviços de saúde, à alimentação, à habitação, ao emprego e a uma justa distribuição dos rendimentos. Devem ser adoptadas medidas eficazes para garantir que as mulheres desempenhem um papel activo no processo de desenvolvimento. Devem ser levadas a cabo reformas económicas e sociais adequadas a fim de erradicar todas as injustiças sociais. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as áreas enquanto factor importante para o desenvolvimento e para a plena realização de todos os direitos humanos (ONU 1986).

Apesar de ser um dispositivo um pouco amplo, não se pode olvidar dos elementos de respeito aos direitos humanos através das políticas nacionais para motivação do crescimento da qualidade de vida. Aliado a essa situação, o acordo TRIPS também enaltece a importância da realização das políticas nacionais de motivação do direito ao desenvolvimento. A questão que se discute, portanto, seria a identificação de quais medidas poderiam ser consideradas eficazes para a proteção da biodiversidade.

Sabendo-se, contudo, que o termo biodiversidade é bastante amplo, propõe-se, portanto, uma adequação voltada para os elementos que visualizem o bem-estar da população em todos os sentidos. Sendo assim, na perspectiva da biossegurança com o uso dos organismos geneticamente modificados, os países devem estabelecer políticas nacionais, no sentido de afastar qualquer prática por parte das empresas que possa se tornar prejudicial para a sociedade civil.

- a) A lei de biossegurança e os sistemas jurídicos nacionais dos BRICS a partir de um mundo socialmente desenvolvido

Como elucidado noutra oportunidade, cada país possui seu sistema jurídico próprio no sentido de estabelecer regras específicas para tratamento da biossegurança. Portanto, deve-se evidenciar que, para questões de biossegurança, não haverá uma padronização de regras entre os sistemas jurídicos nacionais.

Entretanto, os países, dentro das suas perspectivas, devem seguir o padrão mínimo de estruturação das regras sobre biossegurança. Importante ressaltar que a falta de padronização, no âmbito internacional, decorre da falta de harmonização normativa em virtude dos elementos evidenciados pela soberania.

Nessa perspectiva, analisam-se os sistemas jurídicos dos países, nomeadamente os que compõem os BRICS, que se propõem a desenvolver o estudo comparativo entre Estados Unidos e União Europeia.

Em se tratando de União Europeia, observam-se os elementos dispostos na legislação do bloco econômico ao preceituar um tratamento adequado destinado à proteção à saúde e, ainda, à preservação do meio ambiente, perante o mercado da biotecnologia que vem se desenvolvendo abruptamente. Sendo assim, o complexo jurídico da União Europeia é composto por alguns regulamentos e diretivas que abordam elementos relativos à colocação de produtos transgênicos no mercado.

Nessa perspectiva, foi criada a autoridade europeia para a segurança dos alimentos, que estabeleceu diretrizes gerais que regem a legislação alimentar no bloco econômico europeu. As atividades que devem ser desenvolvidas pela autoridade europeia para a segurança dos alimentos é o aconselhamento sobre os riscos existentes e emergentes que estão diretamente relacionados com os alimentos.

Seria, na verdade, a aplicação do princípio da precaução no âmbito das diretivas e regulamentos estabelecidos pela autoridade europeia. Portanto, as atividades desenvolvidas no âmbito do referido órgão dizem respeito à necessidade de afastamento dos riscos observados na cadeia alimentar. Nesse sentido, a autoridade europeia busca o estabelecimento de procedimentos para a autorização e supervisão dos gêneros alimentícios e alimentos para animais que sejam geneticamente modificados, no sentido de assegurar a segurança alimentar. Uma das medidas mais marcantes realizadas pela autoridade europeia é a exigência das informações através dos rótulos dos alimentos (o direito do consumidor de ser informado) acerca do alimento que consome.

O padrão europeu no que diz respeito à segurança dos alimentos transgênicos é bastante rigoroso, diferentemente da prática de outros países, como é o caso dos EUA e dos países que compõem os BRICS. O padrão rigoroso por parte da União Europeia acerca dos alimentos transgênicos demonstra a preocupação com a saúde e, ainda, com a preservação ambiental. Observa-se, portanto, que os países produtores de transgênicos estariam cobrando uma posição mais liberal da União Europeia, no sentido de firmar acordos para auxiliar o desenvolvimento do comércio internacional.

A liberação dos transgênicos na UE torna-se mais rigorosa, pois somente será autorizada a circulação desses produtos após se certificarem. Se certificarem de quê? por meio de um processo de avaliação, o qual será autorizado e rotulado com a especificação correta, respeitando o percentual na composição que é de 1% (FROTA, 2007).

O Brasil ocupa o segundo lugar em área de OGMs plantada, perdendo apenas para os EUA, e tem emergido como um líder global na área de OGM. Pelo terceiro ano consecutivo, o Brasil se apresenta como a força motriz do crescimento global, aumentando a sua área mais do que qualquer outro país no mundo. Em 2011, essa área cresceu 4,9 milhões de hectares, o que equivale a um incremento de 20% ao ano. O motivo desse grande crescimento refere-se ao fato do rápido sistema de aprovação desses

cultivares, o que permitiu ao Brasil aprovar oito eventos em 2010 e, até outubro de 2011, mais seis eventos (JAMES, 2011).

De maneira um pouco semelhante ao padrão europeu, o Brasil também trabalha com o cultivo dos organismos geneticamente modificados, seguindo especificamente a edição da Lei 11346/2006. O intuito é garantir o direito humano à alimentação adequada, ao estabelecer, no artigo 2º, como direito fundamental, uma alimentação adequada inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal.

O princípio da precaução foi introduzido às normativas brasileiras com a formulação da Constituição Federal de 1988, que apresentou as primeiras normas voltadas especificamente para a defesa do meio ambiente. Essa abordagem transmite à sociedade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente de forma a evitar que prevaleça apenas o intuito corretivo, que também existe na forma de sanções e punições para os causadores dos danos. Com isso, são introduzidos os preceitos da legislação de OGM e o conceito de estudo prévio de impacto ambiental (MORICONI, 2014).

Portanto, analisando ambos os dispositivos legislativos, observa-se que o sistema governamental brasileiro deverá introduzir políticas públicas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional à população. Tais políticas públicas evidenciam os elementos relacionados com o princípio da precaução.

Por isso, o sistema de biossegurança do Brasil passa pela questão da rotulagem dos produtos, pois parte-se do pressuposto de que se a população tem acesso às informações adequadas apontadas nos produtos, poderá haver a devida instrução dos consumidores e, conseqüentemente, o afastamento de problemas que podem ser prejudiciais à população e ao meio ambiente.

Assim, o primeiro impacto das normas internacionais sobre a política e a legislação brasileira foi derivado do regime de proteção ao consumidor como resultado da convergência entre os regimes ambiental e comercial. Se essa tendência se confirmar, o direito do consumidor será fortalecido nos próximos anos. Isso se deve ao fato de que o Brasil está mudando de uma posição anti-OGM para uma posição favorável ao contexto dos OGMs sob certas condições legais. Conseqüentemente, a posição internacional do país em relação aos OGMs também tem mudado rapidamente (BARROS, 2009).

A legislação sobre a utilização de técnicas para a elaboração de organismos geneticamente modificados é bastante flexível, pois passa a considerar os alimentos transgênicos como substancialmente equivalentes aos alimentos tradicionais, excluindo a obrigatoriedade de submissão dos produtos aos testes da FDA e da agência de proteção ambiental. Importante ressaltar que, o posicionamento dos Estados Unidos é bastante diferente do que é preceituado pelo ordenamento jurídico europeu (RODRIGUES, 2002), uma vez que a rotulagem nos produtos geneticamente modificados não é algo obrigatória, ficando a critério de cada empresa.

Dessa maneira, observa-se a restrição das informações essenciais por parte do consumidor nas embalagens dos produtos, portanto, não ficarão evidenciados os riscos que os consumidores estarão sujeitos, já que não terão acesso às informações nutricionais dos produtos.

A falta de regulamentação na rotulagem dos produtos acaba por gerar qualquer lesão à saúde do consumidor. E, diante desse contexto, no que diz respeito aos direitos humanos e ao direito ao desenvolvimento, observa-se que o Brasil e a União Europeia estão em situação de destaque.

O mercado de transgênicos na China é bastante promissor, de forma que conseguiu, com a união de todos os países em desenvolvimento, ultrapassar o mercado de produção dos países desenvolvidos. A China é um dos maiores produtores de algodão GM no mundo e, como tal, é um dos maiores importadores de culturas biotecnológicas do mundo.

Entretanto, o sistema de produção das principais culturas de biotecnologia no país ainda não foi desenvolvido, em virtude do receio da população sobre a segurança alimentar. No ano de 2015, a China lançou uma proposta de reforma jurídica no regulamento sobre gestão de biossegurança de 2004.

E, apesar de ter um sistema de agricultura transgênica em franca expansão, a China aplica em seu sistema normativo, a necessidade de regulamentação das questões acerca da rotulagem dos produtos. Dessa maneira, da revisão da lei de segurança alimentar da China incorpora disposições sobre rotulagem de produtos de biotecnologia, situação que iria criar obstáculos para a entrada no mercado de produtos não rotulados ou com rótulos errados.

A China aperfeiçoou o sistema de propaganda enganosa nos produtos transgênicos e, nessa perspectiva, observa-se, portanto, que o sistema jurídico Chinês incorpora também o princípio da precaução no que tange aos produtos transgênicos. Isso acontece não no que diz respeito à proibição de produção de transgênicos em seu território, mas apenas nas questões relacionadas com a rotulagem dos produtos.

A estratégia jurídico-política da Rússia é bastante semelhante ao que é apresentado pela União Europeia e pelo Japão, se afastando, portanto, das políticas praticadas pelos Estados Unidos, China e Brasil. O quadro jurídico russo regula a segurança dos produtos transgênicos, e o controle sobre a sua circulação no mercado consiste principalmente de várias leis federais e resoluções governamentais que regulam a política de biotecnologia agrícola.

O quadro jurídico russo sobre a segurança dos produtos transgênicos (controle da circulação e da produção) é composto por várias leis federais e resoluções governamentais. Ainda na mesma perspectiva, o sistema jurídico russo observou, em 2015, a intenção de implementar uma política destinada a proibir a utilização de sementes geneticamente modificadas, plantas e animais, por qualquer razão, exceto em casos quando feito para fins de pesquisa científica.

A Rússia estabeleceu acordos de comércio com a Bielorrússia e com o Cazaquistão no sentido de harmonizar as tarifas comerciais. O Regulamento sobre produtos alimentares é projetado para estabelecer requisitos uniformes para a rotulagem de produtos no sentido de garantir a livre circulação dos produtos alimentares introduzidos no território dos Estados membros. O referido acordo abrange normas e requisitos para grãos e sementes produzidos e comercializados no território dos países signatários do acordo.

Sendo assim, a responsabilização por violação dos acordos estabelecidos no sistema jurídico russo é bastante interessante, pois em termos pecuniários, os valores são tratados de maneira irrelevante, apesar de as questões jurídicas serem bastante rigorosas. Assim, a venda de produtos com ausência de informações essenciais para a introdução no mercado é passível de responsabilização, nos termos de suspensão de comercialização e ainda na imputação de multa pecuniária.

Diante do que foi exposto, o sistema jurídico russo atravessa um processo de adequação no que diz respeito ao sistema da agricultura geneticamente modificada e, apesar de existir a possibilidade de produção e comercialização no mercado interno, o país se preocupa com a segurança alimentar e, em virtude destas questões, o princípio da precaução evidenciado no protocolo de Cartagena é, de fato, levado em consideração.

No caso do sistema jurídico indiano, existe a previsão legal tendo em vista os riscos potenciais para a saúde humana e para o meio ambiente, quando do uso indiscriminado. O sistema regulatório de biossegurança na Índia evoluiu em resposta aos avanços observados nas ciências biológicas e nas preocupações dos cidadãos indianos, cientistas e agências do governo em relação aos produtos de biotecnologia que estavam sendo produzidos através da nova biologia.

O objetivo do sistema regulatório indiano é assegurar que os cultivos transgênicos não representam grande risco para a segurança alimentar, segurança ambiental e produção agrícola, e que não haja impactos econômicos negativos sobre os agricultores. Este último é um objetivo que muitos países desenvolvidos não incluem em seus sistemas reguladores. Entretanto, mesmo sendo possível identificar uma legislação de combate ao uso de alimentos que gerem riscos para a segurança alimentar, ambiental e produção agrícola, existem casos que ocorrem na Índia que são considerados, especialmente, violações de Direitos Humanos.

O primeiro caso de cultivo de transgênico na Índia ocorreu, no ano de 2002, com a Monsanto. Tratava-se da inserção de cultivares híbridos em algodões pertencentes à empresa indiana Mahyco (PRAY, 2005). A Monsanto é uma empresa multinacional, de origem americana, cujo trabalho é voltado para a agricultura e a biotecnologia.

A empresa também é líder no desenvolvimento de sementes geneticamente modificadas, abarcando um mercado monopolizador, pois atinge grande parcela da produção de sementes no mundo inteiro, já que várias filiais da empresa estão espalhadas pelo mundo inteiro.

Sendo assim, em decorrência desse monopólio, a produção mundial de alimentos tem atravessado um forte período de turbulência, pois os agricultores estão constatando a dependência na produção e, ainda, de certa forma, o empobrecimento, em virtude dos contratos que são assinados com as empresas de transgênicos, gerando a proibição do plantio das sementes que são produzidas nas colheitas, obrigando os agricultores a comprarem novas sementes transgênicas a cada novo plantio.

O fato de as sementes geneticamente modificadas possuírem a proteção patentária, gera a necessidade do manejo exclusivo tanto das sementes como da produção, pois é um processo que requer insumos exclusivos (produtos químicos que a própria empresa de sementes fabrica).

Entretanto, o monopólio da Monsanto tem gerado lides complexas no mundo inteiro. Na Índia, a Monsanto ocupa quase 100% do mercado de sementes de algodão, situação que obriga os agricultores a comprarem as sementes transgênicas e, conseqüentemente, todos os produtos químicos. Como os frutos das sementes não podem ser reproduzidos, os agricultores acabam tendo que adquirir novas sementes e, como agravante, as empresas praticam preços altíssimos na venda de tais sementes. E, ainda, as questões ambientais na Índia acabam por prejudicar a reprodução das sementes, pois a perda nas plantações passou a ser significativa e, conseqüentemente, acabou por gerar o endividamento dos agricultores indianos.

Ademais, observou-se que as sementes produzidas pela Monsanto apresentavam um alto grau de contaminação, situação que gerava riscos para os produtores e consumidores. Diante do exposto, observa-se que na legislação indiana, apesar de conter elementos acerca do princípio da precaução, que deveria combater a introdução no mercado de sementes intoxicadas que podem prejudicar a saúde pública e, ainda, a manutenção do meio ambiente, existe o monopólio da semente por parte da Monsanto.

As conseqüências do uso de sementes da Monsanto são as mais variadas, visto incluir desde questões da saúde pública como das condições financeiras dos agricultores. Nesse sentido, os agricultores motivados por questões financeiras e apoiados pelo próprio governo indiano envidam esforços para sedimentar a agricultura orgânica na Índia. Os resultados estão sendo bastante positivos, de forma que a Monsanto tem perdido parcela do mercado de sementes para os agricultores na Índia.

A realidade da África do Sul é bastante complexa, quando é comparada às questões identificadas nos demais países que compõem os BRICS. A situação decorre justamente do problema da fome que acomete grande parte da população. E, dessa maneira, os organismos internacionais, em especial a Organização das Nações Unidas, estabelecem políticas setoriais de combate a fome não apenas na África do Sul, mas nas demais regiões da África.

Nessa perspectiva, a África do Sul identifica como solução viável para o combate a fome, a produção dos organismos geneticamente modificados. É importante destacar que quase 90% do milho produzido na África do Sul são geneticamente modificados. Essa

situação decorre justamente das dificuldades climáticas e econômicas que são enfrentadas pela África do Sul.

A legislação nacional da África do sul é um pouquinho ampla no que diz respeito aos organismos geneticamente modificados, mesmo assim o princípio da precaução é evidentemente identificado. No entanto, as condições sociais África do Sul acaba por relaxar em alguns aspectos relativos à rotulagem dos produtos alimentícios. Ver o conteúdo depois da alteração.

Essa situação pode prejudicar a saúde da população e, conseqüentemente, a efetivação do direito ao desenvolvimento. O relaxamento das regras de importação sobre os organismos geneticamente modificados tem o objetivo de evitar uma potencial crise alimentar em meio às dificuldades sociais e econômicas vivenciadas pela África do Sul.

Diante do que se discutiu, observou-se tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, certa preocupação no que diz respeito ao patenteamento dos organismos geneticamente modificados, em virtude dos impactos econômico, social e ambiental e ético. E, apesar de ser uma necessidade real a questão da alimentação, os países temem os problemas que podem surgir com a segurança alimentar. Dever-se-á, portanto, buscar um equilíbrio dos elementos observados entre as patentes que envolvem a biodiversidade e o interesse da população, com o intuito de atingir eficazmente o direito ao desenvolvimento.

Conclusão

Não se pode olvidar que o sistema agrícola mundial mudou com o passar dos anos, em virtude das adversidades que surgiram nas várias regiões do mundo, acarretando um aumento significativo no preço dos alimentos e, conseqüentemente, interferindo diretamente na rotina da população. Nesse sentido, pode-se observar o fortalecimento dos direitos de propriedade intelectual a partir do advento de convenções internacionais, bem como uma alta influência do sistema de propriedade intelectual nas atividades desempenhadas pelas empresas transnacionais do setor agrícola.

O intenso desenvolvimento industrial e a expansão do comércio nos países desenvolvidos fizeram surgir a necessidade de proteger o meio ambiente em sua integralidade. O avanço da engenharia genética e a introdução no mercado mundial de um novo tipo de alimento “os geneticamente modificados ou transgênicos” têm gerado muita polêmica. De um lado, a indústria da biotecnologia deposita extrema confiança na segurança da engenharia genética e na sua importância para o desenvolvimento econômico e, de outro lado, há uma desconfiança generalizada da sociedade, motivada em parte pela ausência de informação.

Como elucidado acima, os transgênicos causaram um impacto significativo no âmbito internacional no sentido da aceitação por parte dos países, fazendo com que o sistema jurídico internacional começasse a se movimentar no sentido de regulamentar

as questões dos organismos geneticamente modificados a fim de equilibrar os interesses entre as partes envolvidas na polêmica.

Portanto, verificou-se a forte insegurança gerada pelo uso dos organismos geneticamente modificados, uma vez que se entende que a lei que desenvolve culturas resistentes aos herbicidas precisa abrir canais de comunicação e discussão sobre os valores que essa tecnologia pode trazer à agricultura, à sociedade e às estratégias que assegurem o uso responsável e eficiente das culturas resistentes.

Constata-se a premente necessidade de estabelecimento de normas adequadas de biossegurança, licenciamento ambiental, mecanismos e instrumentos para monitoramento no sentido de assegurar o afastamento de danos à saúde humana e animal, bem como danos ao meio ambiente. É, portanto, de substancial importância que cada país estabeleça um padrão de adoção de medidas essenciais de segurança para a produção dos alimentos geneticamente modificados.

Há que se ressaltar, ainda, que as informações das leis nacionais devem estar estruturadas a partir de regras e princípios voltados para os direitos humanos e, consequentemente do direito ao desenvolvimento.

Desta forma, a adoção do Princípio da Precaução constitui uma alternativa concreta a ser adotada diante de tantas incertezas científicas. Para que se atenda ao citado princípio, viu-se que a liberação de AGM deve atender às necessidades de informação e segurança do cidadão consumidor, sendo imprescindível que a avaliação da segurança desse produto aconteça antes da sua introdução no mercado de consumo. Portanto, a responsabilidade sobre as questões de biossegurança é de responsabilidade de cada sistema jurídico.

Sabendo-se, contudo, que o termo biodiversidade é bastante amplo, propõe-se, portanto, uma adequação voltada para os elementos que visualizem o bem-estar da população em todos os sentidos, efetivando-se de maneira mediata a própria cidadania. Sendo assim, na perspectiva da biossegurança com o uso dos organismos geneticamente modificados, os países devem estabelecer políticas nacionais no sentido de afastar qualquer prática por parte das empresas, que possa se tornar prejudicial para a sociedade civil.

Constatou-se, tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento, certa preocupação no que diz respeito ao patenteamento dos organismos geneticamente modificados, em virtude dos impactos econômico, social e ambiental e ético. E, apesar de ser uma necessidade real a questão da alimentação, os países temem os problemas que podem surgir com a segurança alimentar. Dever-se-á, portanto, buscar um equilíbrio dos elementos observados entre as patentes que envolvem a biodiversidade e o interesse da população, com o intuito de atingir eficazmente o direito ao desenvolvimento.

Diante do que foi discutido neste artigo, observa-se que o reforço da proteção do direito de propriedade intelectual pode tornar mais lucrativo o investimento da indústria

de biotecnologia, de modo que é possível argumentar que o acordo TRIPS promove a adoção dos organismos geneticamente modificados no sistema alimentar.

Por fim, ressalta-se a relevância de se continuar a investigação iniciada sobre o tema em comento, haja vista a sua indiscutível importância para a efetivação da cidadania, através dos atores globais, tanto nacionais, quanto internacionais, através da possibilitação da concretude do próprio direito ao desenvolvimento.

Referências

AFORI, Orit Fischman. **Human Rights and Copyright:** The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law. In: Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal. Volume 14, Issue 2 2004 Article 4 Volume XIV Book 2. P. 524.

ANDERSON-SPRECHER, Andrew; JIE, Ma. and Ma Jie. China - Peoples Republic of Agricultural Biotechnology Annual China Considering Major Revisions to Biotechnology Regulations. 2015.

ARAUCARIA, Márcia Rodrigues. **Biotecnologia moderna e desenvolvimento humano sustentável: uma composição possível.** In: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, año 17, nº 33

FUCK, Marcos Paulo; BONACELLI, Maria Beatriz. Revista CTS, nº 12, vol. 4, Abril de 2009.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet:** direitos autorais na era digital. 4. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HUGENHOLTZ, P. Bernt; Martin R.F. Senftlebe. **Fair use in europe.** In search of flexibilities. VU Centre for Law and Governance. Novembro de 2011.

MELO, Milena Barbosa de Melo; MIRANDA, Laura Costa; SILVA, Jordanny Barbosa. **Socialização de obras:** uma saída para o conflito entre direitos autorais e direto à informação e cultura. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun.

MAGALHÃES, Vladimir Garcia. **Propriedade intelectual:** biotecnologia e biodiversidade. São Paulo: Editora Fiuza, 2011.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e biotecnologia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2005.

MING, Hu; JIAO, Feng. **Legal Protection of China's Biotechnology Patents.** In: Biotechnology law report. June 2014. Vol 33. N.3; 103-107

MOLINA, J. Carlos Fernandez; PEIS, Eduardo. The Moral Rights of Authors in the Age of Digital Information.

- MORAIS, Roberta Jardim de. Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados – seragem: uma abordagem do direito econômico. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MORICONI, Patrícia Rossi; TONIETTI, Paloma de Oliveira; MORENO, Luisa Zanolli; Matté, Glavur Rogério. Regulação de organismos geneticamente modificados de uso agrícola no brasil e sua relação com os modelos normativos europeu e estadunidense. R. Dir. sanit., São Paulo, v. 14, n. 3, p. 112-131, nov. 2013/ fev. 2014.
- ONU. Declaração de Direito ao Desenvolvimento. 1986
- PARIS. **Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris>>. Acesso em: 06 set. 2016.
- PRAY, Carl E.; BENGALI, Prajakta. **The cost of biosafety regulations: the Indian experience**. In: Quarterly Journal of International Agriculture 44 (2005), No. 3.
- RAMALHO, Ana. The competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a normative perspective of EU powers for copyrights harmonization. Springer.2016.
- RAPPERT, Brian; GOULD, Chandré. Biosecurity Origins, Transformations and Practices. Palgrave Macmillan. New York 2009.
- RIBEIRO, Isabelle Geoffroy; MARIN, Victor Augustus. **A falta de informação sobre os Organismos Geneticamente Modificados no Brasil**. In: Ciência e Saúde Coletiva. 17(2) 359-368.2012.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito a vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Biodireito: alimentos transgênicos**. 1. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002.
- RODRIGUES, Edson Beas. The general exception clauses of the TRIPS agrément promoting sustainable development. Cambridge University Press. 2012.
- SACHS, Jeffrey. **The age of sustainable development**. Columbia University Press. New York. 2015. P. 45.
- UN General Assembly. Future We Want - Outcome document. Resolution 66/197 of 22 December 2011. para. 4
- SITDIKOVA, Lubov Borisovna; SHILOVSKAYA, Anna Leonidovna; Volkova, Maria Alexandrovna, Lenkovskaya, Renata Romanovna; Natalya Alexandrovna Stepanova. **Legal Regulation and Copyright Protection in Internet in Russia and Abroad**. In: Mediterranean Journal of Social Sciences. Vol. 6. Número 6. Novembro de 2015.

PALANISSAMY, Ayyappan. **The Future of Copyright in India** – A Special reference to software piracy, its challenges and proposal for reform. International Conference on Software and Computer Applications IPCSIT vol.9 (2011) © (2011) IACSIT Press, Singapore

WEI, Xinjie; LIN, Wanlong; HENNESSY, David A. **Biosecurity and Disease Management in China's Animal Agriculture Sector**. Working paper 13-WP 542. October 2013. Center for Agricultural and Rural Development Iowa State University.

UMA ANÁLISE SOBRE O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA BRASILEIRA

AN ANALYSIS ON THE PROTAGONISM OF THE JUDICIARY IN THE BRAZILIAN REPRESENTATIVE DEMOCRACY

Carla Sendon Ameijeiras Veloso¹

Universidade Estácio de Sá

Hector Luiz Martins Figueira²

Universidade Estácio de Sá

Sumário: 1. Introdução; 2. O sistema democrático/representativo brasileiro e algumas reflexões; 3. O agigantamento do poder judiciário; Conclusão; Referências

1. Introdução

Durante todos os dias somos tomados por uma enxurrada de informações jornalísticas repleta de notícias onde nos informam a atuação da justiça e dos atores do poder judiciário. A mídia não se furta em demonstrar como as investigações criminosas ocorrem em minúcias, como as delações premiadas são feitas (recentemente), bem como se dá atuação magistral e quase artística dos ministros da Suprema Corte brasileira, de procuradores e advogados. Basta ligarmos a televisão e assistir.

Todas estas figuras, em maior ou menor escala, estão engendradas na lógica judiciária, e atuam sob o manto deste poder. O fato é que com a democratização do acesso à informação o poder judiciário começou a ser visualizado com outros olhos pela sociedade brasileira. A empatia pelo poder nasce em detrimento à ojeriza que se tem pelos demais – comumente marcados por escândalos de corrupção. É imperioso ressaltar, como os representantes do poder judiciário, que não são eleitos democraticamente, são bem mais quistos socialmente do que os membros do congresso nacional, por exemplo.

Não poderia ser diferente, vemos circulando pela internet e televisão, propostas para que ministros do STF se candidatem a cargos eletivos, vemos também ministros comparecendo a programas de entrevista e auditório de televisão. Vemos ainda, juízes sendo tema de bloco de carnaval para salvarem o Brasil da corrupção desmedida em que está mergulhado. Vejam as seguintes informações jornalísticas:

¹ Doutoranda na Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis. Professora da Universidade Estácio de Sá.

² Doutorando em Direito na Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito na Universidade Veiga de Almeida. Professor da Universidade Estácio de Sá.

Revista Exame: “O ex-ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Joaquim Barbosa deixou no ar a possibilidade de se candidatar à Presidência da República em 2018”.

Gshow.globo.com: “Pedro Bial recebe a Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na estreia do 'Conversa com Bial' Cármen Lúcia deixa recado para povo brasileiro: 'Eu continuo acreditando no Brasil'”.

O Globo.com: “Fantasia do juiz Sérgio Moro é a novidade do carnaval. O juiz federal Sérgio Moro ganhou notoriedade por sua atuação na Operação Lava Jato. Após estampar camisetas e perfis do Facebook, ele agora ganha o carnaval”.

Por óbvio, nos surge um questionamento: porque houve este protagonismo nos últimos anos de um dos poder da república brasileira? Este é, portanto, o ponto nevrálgico deste artigo, entre tantos temas correlatos, pretende-se aqui abordar as questões da democracia representativa usando como esteio a obra do professor Luís Roberto Barroso “*A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais*”. Em seu texto, o referido autor, traz a seguinte colocação que nos convida à reflexão:

Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, *o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais*. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. (BARROSO, 2016, p.527). *Grifos Meus*

Assim, com base nestas constatações empíricas, criamos a problemática do trabalho por ora abordado, onde urge discutir tais temáticas em prol de se verificar por que os atores do poder judiciário se tornaram mais representativos dos anseios sociais do que as instâncias políticas tradicionais.

Na primeira parte, demonstraremos a crise do sistema democrático representativo no Brasil, e como a questão da democracia é tratada e visualizada no nosso país. Já na segunda parte, demonstraremos o traço hiperbólico do poder judiciário, e sua crescente ascensão na contemporaneidade. Levando as questões do ativismo judicial e suas possíveis consequências. Sem dúvida alguma, é importante destacar o papel do judiciário e, em especial, da jurisdição constitucional na proteção de valores e direitos fundamentais que se buscam resguardar do processo político majoritário.

2. O sistema democrático/representativo brasileiro e algumas reflexões

A democracia já não mais flui exclusivamente pelas instâncias políticas tradicionais. Pensar em democracia olhando apenas para dentro das instituições é praticamente negar sua existência. A democracia entendida como regime de governo e regime político, precisa enfocar mais precisamente nos contornos que se dão nas relações

entre aqueles que exercem o poder e os demais membros do grupo social. Por isso ela não pode se tornar um mecanismo de atuação de patrocínio de interesses particularistas apartados do bem comum. Colaboram com isso, veículos de comunicação, que muitas vezes, explicitam informações inverídicas e criam no imaginário popular “verdades” inexistente, sobre isto, preciosa lição de Sarmento:

Não obstante, os meios de comunicação de massa, cujo poder nas sociedades contemporâneas nem precisa ser enfatizado, permanecem fortemente oligopolizados, em que pese a expressa vedação constitucional (art. 220, § 5º, CF), o que gera evidentes distorções no funcionamento da nossa democracia. Ademais, os pobres e excluídos em geral continuam sem voz na esfera pública. (SARMENTO, 2007, p.03)

É fundamental, portanto, revisitarmos a expressão “democracia” neste momento, bem como sua origem – advém das palavras gregas *demos* (povo) e *kratos* (poder), significando em sua acepção mais genérica, “governo do povo”. Este conceito principiológico, parece estar perdido em algum lugar de nossa história na construção política e constitucional do estado brasileiro.

O processo histórico de construção da democracia ao redor do mundo, não ocorreu de forma contínua, muito pelo contrário, se deu em rupturas. A efetiva ascensão das ideias e práticas políticas relacionadas à participação popular nas decisões políticas dos Estados somente se reergueu no decorrer do século XVIII, conformando aquilo que denominamos a democracia representativa. Neste sentido, Bobbio conceitua democracia:

[...] por democracia entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia. (BOBBIO, 2005, p.7)

Por mais que o voto majoritário seja uma das premissas da democracia representativa, sabemos que tal ideia não tem o poder de sozinha conquistar igualdade política para todos. É importante, então, nos estados modernos, se fazer a proteção dos direitos das minorias, já que o voto majoritário simboliza os vencedores e não necessariamente o triunfo do bem comum. A democracia tem diversas formas de se apresentar, para Bobbio, a democracia representativa, chama-se *democracia moderna*, que contrasta com a *democracia dos antigos*.

Sobre esta temática, vale ressaltar que o filósofo suíço Benjamin Constant; apontou dois padrões básicos de organização do modelo político democrático. A denominada “democracia dos antigos” refere-se a um modelo que busca sua inspiração na Grécia Antiga, mais precisamente na democracia ateniense. Com participação direta dos cidadãos em escala reduzida. E do outro lado, temos a denominada “democracia dos modernos”, que se fundamenta em sistema de *controle e limitação*, com base na transmissão *representativa do poder* do povo a seus representantes, que passam a exercer mandatos políticos. A lição do autor:

Devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos, para obter mais; enquanto fazendo o mesmo sacrifício, nos daríamos mais para obter menos. O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados. E eles chamam liberdades às garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios privados. (CONSTANT, 1964, p.3)

Enquanto na democracia dos antigos há uma clara subdivisão entre vencedores e vencidos. Na democracia dos modernos, as deliberações exprimem o quadro de luta e negociação política entre os diversos grupos. Em que pese toda a consideração descrita acima, hoje, o que se prestigia são modelos de democracias indiretas e semi-indiretas, ou seja, onde o povo confere mandatos aos seus representantes, para a defesa de seus interesses.

Embora haja a predominância do sistema de representação, quase todos os países ao redor do globo, adota um *sistema misto* em que, por vezes, o cidadão é convocado a expressar, pessoalmente, sua opinião sobre determinados temas. No Brasil, são exemplos de manifestações deste tipo: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular para elaboração de leis.

De qualquer forma, há uma crescente demanda por um tipo de democracia mais participativa, com a descentralização das instâncias tradicionais de deliberação (parlamentos) com os cidadãos pleiteando, cada vez mais, serem consultados fora das datas de eleição. Algumas formas de consulta já vêm sendo institucionalizadas, tais como, a título de exemplo, as *audiências públicas* ou mesmo *os amici curiae*³.

Porém, a doutrina atual privilegia uma ideia de democracia em sentido material, substancial. Nesse sentido, a democracia não se esgota na garantia do princípio majoritário e um governo das maiorias, mas visa a garantir um governo para todos, em que as vontades das maiorias ocasionais encontrem limites nos direitos fundamentais das minorias de menor expressão política, étnica, cultural ou social. Tal ideia de democracia impõe ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas também a promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, por meio de prestações sociais positivas destinadas a promover patamares mínimos de dignidade em favor desses grupos de menor expressão.

Para muitos autores a democracia não se perfaz na busca pelo bem comum, como exaustivamente propomos até agora. Mas, então, o que vem a ser democracia? Para o cientista político britânico Roald Dahl uma boa forma de se explicar democracia é demonstrar que, “*enquanto uma ditadura é um governo de uma minoria, uma*

³Amici Curiae ou "Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão complexa que origina controvérsia constitucional, auxiliando os juízes a entender as diversas posições presentes nos chamados casos difíceis.

democracia é o governo de uma quantidade de minorias, que variam em número, tamanho e diversidade". O autor ainda observa a existência de cinco critérios que devem ser respeitados para que ocorra um real processo democrático em que todos os membros possam ser considerados efetivamente iguais. Veja (Dahl, 2001. p. 30):

- **Participação efetiva:** todos devem ter oportunidades iguais de apresentar suas opiniões aos outros membros.
- **Igualdade de voto:** oportunidades iguais e efetivas de votos a todos, sendo que, inclusive, estes votos devem conter pesos iguais.
- **Entendimento esclarecido:** todos devem ter tempo e oportunidades iguais de aprender e entender sobre políticas alternativas às implementadas ou propostas.
- **Controle do programa de planejamento:** todos devem ter oportunidades exclusivas de decidir como e quais questões serão colocadas no planejamento.
- **Inclusão dos adultos:** todos os adultos residentes permanentes devem ter pleno acesso aos seus direitos.

Assim, pode-se inferir que a democracia garante a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem e não podem conceder, além de garantir também um inerente sistema de direitos. A democracia garante a seus cidadãos uma liberdade pessoal e um desenvolvimento humano mais amplo do que qualquer alternativa que se contraponha a ela, ajuda as pessoas a protegerem os seus próprios interesses fundamentais, propicia a oportunidade de se viver sob as leis de sua própria escolha, exercendo sua responsabilidade moral e promovendo um elevado grau de igualdade política.

Todavia, Dahl deixou claro que esta democracia é um sistema utópico inalcançável, sendo que o que ocorre na verdade é uma poliarquia, um regime relativamente democratizado, com caráter inclusivo e aberto à *contestação pública*. Ou seja, um regime plural, em que se admite a oposição e a disputa pelo poder, bem como se assegura o acesso de todo cidadão ao processo político.

Atualmente, pode-se perceber, com o auxílio das mídias sociais (internet e TV), que a democracia tem se demonstrado realmente um sistema utópico, onde cidadãos não se sentem representados e em última análise não se encontram satisfeitos com as políticas públicas (projetos de leis, etc.) patrocinadas pelos legisladores. Elemento fático que contribui enormemente para o fortalecimento do poder judiciário. Como a proposta desta quadra também é fazer uma reflexão acerca da democracia brasileira, pretende-se de forma breve apontar como a democracia nacional já sinalizava sua crise. Nas palavras do cientista político Aldo Fornazieri (2014):

A campanha eleitoral de 2014 está sendo marcada pelo mais baixo nível de mobilização e de participação popular do período da redemocratização. [...] As mobilizações foram de medianas para fracas. Embora a disputa tenha sido tripolarizada, as campanhas e as candidaturas não empolgaram o eleitor. A desmobilização crescente da participação política dos cidadãos vai conferindo à democracia brasileira uma fisionomia cada vez mais liberal e minimalista.

[...]O caráter liberal das democracias modernas esvaziou quase que por completo o conteúdo republicano, identificado com o ativismo cívico como fundamento constitutivo da personalidade política livre. O enfraquecimento do ativismo cívico e a hipertrofia do caráter apenas representativo da democracia favoreceram o insulamento do sistema político e dos partidos, sua autonomização na relação com os eleitores, reduzindo os mecanismos de controle dos cidadãos sobre os políticos e os representantes.

Desta forma, o que tivemos recentemente com a retirada de Dilma Rousseff da presidência é a comprovação de que o congresso nacional não mais representa o povo como quer e pretende a Constituição Federal de 1988. Em 31/08/2016 o Plenário do Senado Federal aprovou o impeachment de Dilma Rousseff, a presidente afastada foi condenada pela mídia nacional sob a acusação de ter cometido crimes de responsabilidade fiscal – as chamadas "pedaladas fiscais". Crimes praticados por todos os outros presidentes anteriores de forma reiterada, mas sem que nenhuma imputação criminosa ocorresse. É notório, portanto, que a retirada da presidente ocorreu devido a pressões/questões econômicas e financeiras, como por exemplo, a necessidade de se votar a pauta bomba referente às reformas trabalhista e previdenciária.

O objetivo é demonstrar, então, como decisões de grande impacto na vida dos brasileiros, são tomadas sem que eles sejam consultados. Ao que tudo indica, não havia insatisfação coletiva demonstrada para a retirada da presidente em exercício, desta forma, percebemos como a democracia brasileira na atualidade se transmutou em algo que só defende interesses de uma classe específica da sociedade. Some-se a isso o fato de todo o processo de impeachment ter sido feito sob o manto da legalidade, com a benção constitucional, ou seja, em conformidade com todas as normas e regulamentos.

A democracia liberal brasileira se converte, finalmente, num arranjo político voltado centralmente para a retirada de direitos democráticos. Sem nunca ter gozado de suas virtudes, a democracia brasileira compartilha de todos os males das democracias europeias do tempo presente, as quais, desde os anos 1980, se esmeram em concretizar o histórico projeto liberal de apartar a democracia do povo, blindando as instituições do regime diante da pressão e participação populares.

A tomada das ruas pela população já não significa muita coisa, a própria televisão nos mostra como os eventos (manifestações, passeatas) estavam vazios, sem aderência e sem a representação da maioria, esta que parece estar descrente de uma mudança no quadro político em médio e curto prazo. Nesta toada, de falta de representatividade política, por via do congresso nacional, outro poder começa a aparecer e se fortalecer dentro do Brasil, o poder judiciário. Aquele não eleito, logo não democrático.

3. O agigantamento do poder judiciário

Sabe-se que no modelo de Estado Democrático de Direito, como o do Brasil, no qual a tripartição de poderes é princípio vigente, deve-se existir harmonia e independência entre os três poderes de acordo com a constituição federal no seu art. 2º.

Assim, em tese, qualquer desequilíbrio incorre em instabilidade para as instituições políticas e jurídicas do país. Mas, atualmente o que vemos é uma interferência e uma sobreposição do poder judiciário aos demais poderes.

Deste modo, a participação popular no processo de democratização dos poderes, mais precisamente no judiciário, é tema de mais elevada importância nos dias atuais. Contudo, sabemos que por força constitucional e do Estatuto da Magistratura, os juízes são considerados agentes políticos na sua concepção originária, mas não são eleitos, e ingressam nos quadros do poder judiciário via concurso público⁴. Assim, o judiciário se amolda na forma de corporação, com fins e interesses próprios, muitas vezes distantes da sociedade. Por isso, o termo corporativismo adquiriu uma conotação extremamente pejorativa ao longo dos anos. Sendo identificado como um tipo de forma associativa que tem por objetivo assegurar privilégios e proteção para seus membros e para certos segmentos ou setores sociais, em detrimento de uma coletividade maior (ou seja, da sociedade como um todo), ou até mesmo de interesses de um país diante de outro.

O que se deveria buscar é uma democracia participativa, onde judiciário e sociedade dialogam, contudo, em termos práticos o que se tem no âmbito deste poder é uma democracia de elites. Entretanto, é mera utopia, falar em democracia no poder judiciário, sua finalidade e os seus efeitos. O poder judiciário simbolizaria, portanto, um corpo aristocrático cuja nota central é o déficit democrático porque não eleito pelo povo – (governo de alguns). Sendo pensado por muitos como uma forma impura de governo, como são as oligarquias.

Com isso estas ilações de outrora, indaga-se: o que levou ao Judiciário a assumir uma posição central no atual cenário político brasileiro? Por que o Judiciário possui uma posição ativista? Explica-se:

A Constituição Federal de 1988, com o intuito de garantir o exercício do direito de cidadania, além de observar os vários Direitos Fundamentais, determinou que o Judiciário apreciasse todas as causas a ele submetidas, devendo dar uma solução ao conflito. Isso proporcionou ao judiciário a oportunidade de proferir decisões, baseadas nos princípios constitucionais, bem como a utilização da interpretação extensiva, que invadisse as atribuições do Legislativo e do Executivo. Por conseguinte, pode-se afirmar que o Judiciário profere decisões de cunho político, gerando discussões doutrinárias.

No atual contexto jurídico-político brasileiro, o juiz não é apenas, um mero aplicador do direito, exercendo uma função mecânica, mais do que isso, ele profere decisões políticas. Basta observar jurisprudências de tribunais que determinam a distribuição de remédios, os toques de recolher determinando que crianças e

⁴Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

adolescentes regressem em hora previamente determinadas para as suas residências. Ademais, não se pode deixar ao largo da discussão a possibilidade que a Constituição Federal deu aos magistrados de legislar positivamente. Isso pode ser facilmente constatado ao se analisar a finalidade do mandado de injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Assim, o Judiciário poderá regulamentar algumas situações temporariamente, ou seja, enquanto o órgão legiferante não elabora lei que regule devidamente o direito, o judiciário pode atuar. Como tem feito no Brasil, atuando na possibilidade de aborto de feto anencéfalo, casamento entre pessoas do mesmo sexo, pesquisas com células tronco, entre outros assuntos, não apreciados pelo legislativo, mas tratados no âmbito do judiciário quando da sua provocação. Há assim, uma clara interferência do Judiciário na esfera de atuação do Legislativo, sendo isso permitido pela própria Constituição, isto é, este documento relativiza o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF), pois há um interesse maior de que os direitos declarados sejam observados, respeitados e regulamentados.

É nítido, portanto, neste contexto, a postura ativista do nosso poder judiciário. Fazendo uma abordagem histórica acerca do Ativismo Judicial, o Professor Luís Roberto Barroso, apresenta a seguinte definição:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais (...). Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – *a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.* (BARROSO, 2010; p. 09), *Grifos meus*

Entende-se por “Ativismo Judicial” o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Ainda para Luís Roberto Barroso menciona que o ativismo judicial é uma escolha do juiz, é uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva

violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, 2009, p.06).

Como bem assegura Paulo Magalhães Da Costa Coelho (2002), paulatinamente o Poder Judiciário vem sendo chamado a enfrentar os desafios destes novos tempos, notadamente de concretizar a Constituição e sua principiologia por via de sua interpretação. Não se cuida de desafio fácil de ser vencido, muito em função das raízes históricas e políticas, em razão das quais o Brasil sempre teve uma postura hesitante no controle dos atos da administração pública e, notadamente, quando se tratava de conter o arbítrio e tornar efetivos direitos individuais e sociais.

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas, sim, a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o poder judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas, sim, no princípio da constitucionalidade dos atos.

O professor Clèmerson Merlin questiona se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador, haja vista que poderia haver afronta ao princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. Assevera ainda, que:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do judiciário nesse campo. (CLÈVE, 2006, p.35)

Neste sentido, vê-se o fortalecimento do poder judiciário e sua atuação em todos os seguimentos; social, jurídico, político e econômico. Com este agigantamento do poder judiciário no Brasil, muitos autores começaram a identifica-lo com elementos de outros direitos. Donald Dworkin, autor americano, trabalha com a figura de um juiz Hércules – todo poderoso que conhece todos os princípios e normas e julga com toada a clareza que lhe é peculiar. Desta forma, tem-se que:

Hércules interpreta não só o texto da lei, mas também sua vida, o processo que se inicia antes que ela se transforme em lei e que se estende para muito além desse momento. Quer utilizar o melhor possível esse desenvolvimento contínuo, e por isso sua interpretação muda à medida que a história vai se transformando. (DWORKIN, 2003, p. 416)

O único problema e crítica que constamos nesta teoria é que a partir do momento em que o juiz passa a julgar para além da lei, ele se torna um ator arbitrário e de certo modo, viola frontalmente preceitos de um Estado democrático de Direito. Este mesmo

juiz – Hércules é o legitimado para julgar casos difíceis – *hard cases* – na concepção do autor. Estes casos difíceis são aqueles sem previsão na lei, portanto, não podem ser facilmente decididos, assim, o juiz do caso concreto deve legislar.

O magistrado, não encontrando solução na norma existente, cria nova regra para o caso, usando sua discricionariedade, o que vem a ser um ponto combatido pelos ensinamentos de Dworkin. Segundo o autor, quando o magistrado apenas usa de sua discricionariedade perante o *hard case* que decidiu, acaba por incorrer em retroatividade de norma ao caso, ou seja, legisla sobre novos direitos jurídicos (*new legal rights*) vez que cria novo direito, o que é inadmissível. (DWORKIN, 2007, p.127).

Entretanto, no nosso ordenamento, isso é admissível, o judiciário pode legislar e criar novos direitos. Não há qualquer problema na atividade legislativa encampada pelo referido poder e também não há nenhum controle e consequência sobre esta atuação atípica. Desta forma, o poder judiciário tem se fortalecido e se tornado o grande salvador da pátria brasileira, toda a sociedade credita a este poder a capacidade de combater a corrupção por exemplo.

Conclusão

Em linhas conclusivas, podemos inferir que o poder judiciário tem se tornado o poder mais influente dos três, e mesmo não tendo representatividade política democrática ele assumiu um posto de guardião da pátria. Para fazer uma alusão do STF como sendo o guardião da constituição. Essa nova atuação do poder judiciário fez com que ele estivesse em total evidência na mídia nos últimos tempos.

Assim, o que se buscou com este trabalho foi demonstrar como a democracia em sua acepção tradicional não é mais suficiente. O judiciário parece ter se agigantado tanto, que muitas vezes ele se assemelha a um poder moderador, como se quisesse de forma inconsciente moderar os demais poderes da república ou ao menos controla-los. Não importa julga se isto é bom ou ruim, contudo, é estranho à noção da separação de competência dos poderes e a determinação de suas funções típicas.

Desta forma, retomo a questão da democracia, em que a vontade da maioria pode ser uma questão complicada para as minorias, que precisam então recorrer a outras forças, mais universais, para garantir a igualdade sobre os seus direitos mais básicos e preservar assim o bem comum. A atuação do poder legislativo, por mais que não represente uma maioria, é uma atuação política com representatividade indireta por meio do voto, o que a faz legítima ao menos em tese. Contudo, a atuação do poder judiciário passa ao largo de uma representação popular mínima. Logo, concluímos uma ilegitimidade flagrante dessa sua atuação desmesurada nas decisões de cunho eminentemente político.

Em última análise a população brasileira parece de fato acreditar que o poder judiciário e seu agigantamento trazem grandes benefícios para a sociedade, como é o

caso da corrupção que assola o país nos últimos tempos, contudo, é de se visualizar também que muitos representantes deste poder estão em conluio com representantes dos demais poderes e por vezes realizam julgamentos duvidosos a fim de beneficiar comparsas do jogo político. Talvez, a solução mais viável, seria a decretação do impedimento de juízes e ministros que tivessem qualquer envolvimento (parentesco, amizade) com políticos envolvidos em casos de corrupção que fossem julgados por eles.

Referências

- CASTANHO, M. A. F. S. E-Democracia: a democracia do futuro? 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: UPM. p. 51.
- COELHO, P. M. C. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, N. Liberalismo e Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Editora Brasiliense, 2005.
- BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 15/11/2013.
- _____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 15/11/2013.
- _____. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. Revista Estudos Institucionais. Vol. 2, 2, 2016.
- CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 14, n. 54, p. 30, jan./mar. 2006.
- CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos Modernos. In: Princípios da Política; Paris, 1964.
- DAHL, R. A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.
- DWORKIN, R. O Império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FORNAZIERI, A. A fraqueza da democracia brasileira. Acesso em:
<http://jornalggn.com.br/noticia/as-eleicoes-e-a-fraqueza-da-democracia-brasileira-por-aldo-fornazieri>

SARMENTO, D. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do estado. Revista Diálogo Jurídico. N º. 16 – maio / junho / julho / agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

OS DIREITOS REPRODUTIVOS E O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA EM FACE DA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE EDIÇÃO DO DNA

THE REPRODUCTIVE RIGHTS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE IN THE FACE OF THE USE OF THE DNA EDITING TECHNIQUE

Fernanda Ferreira dos Santos Silva¹

Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. Técnica de edição do DNA (CRISPR); 3. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico; a) Definição de Direitos Fundamentais; b) As Gerações de Direitos Humanos; 4. Direito fundamental a vida; 5. Direitos reprodutivos como direito fundamental; 6. Considerações finais; Referências

1. Introdução

A vida humana, na perspectiva de proteção dos direitos dos homens, pode ser considerada o direito fundamental de maior relevância e aquele que gozaria da mais absoluta proteção, mesmo não havendo hierarquia entre os direitos fundamentais.

Dessa feita, tem que se pensar, então que os direitos reprodutivos, que são aqueles que definem como direito básico de todo casal e/ou ser humano de decidir sem qualquer imposição, acerca da quantidade de filhos que deseja ter, bem como da oportunidade e do meio de fazê-lo, com a garantia de lhe ser ofertada o maior e mais seguro padrão de saúde reprodutiva e sexual, também representam uma parte importante do direito à vida, já que irá refletir na possibilidade ou não do nascimento de novos seres humanos.

Apesar de no Brasil, ser amplamente assegurado, o direito reprodutivo, assim como o direito à vida, diferentemente do que ocorre em outros países do mundo como a China que, até o ano de 2015 limitava o número de filhos que cada casal poderia ter, não há ainda no país, normas no que tange à engenharia genética, sobretudo no que se refere à utilização da técnica de edição do DNA (CRISPR).

A mencionada técnica ainda é uma inovação da ciência e, até hoje, pelo que se sabe, ainda não foi aplicada em humanos, mas, certamente, logo o será, recaiando, dessa feita, em objeto de estudo, não só da seara bioética e da medicina, mas também da quarta geração dos direitos humanos que tem por objeto de proteção, a grosso modo, o direito ao patrimônio genético humano.

Assim sendo, deve questionar-se se a técnica de edição do DNA, quando utilizada em seres humanos, não influenciará no direito a vida e nos direitos reprodutivos, ambos

¹ Mestranda em Direito Pela Universidade Federal da Bahia. Estudante da Especialização em Direito Administrativo da Faculdade Unileya, Brasil.

direitos fundamentais dos seres humanos, e como pode ser utilizado tal avanço da engenharia genética, sem que seja permitido qualquer uso tendente até mesmo à eugenia.

Assim, a fim de abarcar o estudo aqui proposto, inicialmente fazemos uma rápida inserção sobre o que é a técnica de edição do DNA e a possibilidade de sua utilização na atualidade. Passando depois, à conceituação sobre o direito à vida e os direitos reprodutivos, seus limites e principais características, principalmente quando se prega, que não existem direitos absolutos, sendo todos passíveis de flexibilização.

Por fim, vimos questionar a utilização da técnica de ponderação de direitos e a utilização da técnica da edição do DNA, trazendo à baila os riscos que podem ocorrer pela má utilização do procedimento ou o seu uso indiscriminado sem observância de fins apropriados, mas apenas com fins ou estéticos ou tendentes a realizar verdadeira terapia eugênica, assim como já se tentou realizar no período negro da história mundial: o nazismo.

2. Técnica de edição do DNA (CRISPR):

Em busca de embriões saudáveis e de uma geração cada vez mais perfeita e livre de doenças, tenta-se, diuturnamente, a melhoria do genoma humano. É exatamente nesse diapasão que surgiu a técnica de edição do DNA (CRISPR) através do qual se pode manipular a cadeia genética de DNA a fim de retirar do genoma possíveis anomalias, além de promover a cura de doenças.

A técnica de edição do DNA (CRISPR - Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats), basicamente, consiste em uma tecnologia capaz de identificar genes com possíveis defeitos e modificá-los de acordo com a necessidade, sem que se tenha que incluir genes novos da mesma ou de outra espécie.

Trata-se, na verdade, de uma evolução das antigas técnicas de manipulação gênica que sempre intencionaram o mapeamento do genoma humano a fim de tentar livrar a humanidade de doenças congênitas, conferindo uma vida com mais saúde e mais longa do que já se tem notícia.

Essa Técnica de Edição do DNA (CRISPR), utilizada na medicina, “pode oferecer um enfoque poderoso para tratar muitas enfermidades humanas, incluindo o HIV, a hemofilia, a anemia de células falciformes e várias formas de câncer”.² (tradução nossa), ou seja, tornaria possível que doenças, antes de impensável ou difícil tratamento e cura, fossem curadas através da manipulação do genoma humano.

² TATAY, L. *La edición genómica denominada CRISPR-Cas9. Consideraciones biomédicas y éticas*. Disponível em: < <http://www.observatoriobioetica.org/2015/10/la-edicion-genomica-denominada-crispr-cas9-consideraciones-biomedicas-y-eticas/10075>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

Pode-se dizer, então, que pesquisas referentes à técnica de edição do DNA buscam, de modo precípuo, a sua utilização para fins terapêuticos, realizando a possível cura de doenças a partir da substituição ou mera retirada de genes “defeituosos”, assim como ocorreu em seu primeiro uso na medicina, na China, para tratamento de um câncer de pulmão³:

Cientistas da Universidade de Chendu, em Sichuan, na China, conduziram a primeira inserção de células editadas por meio da técnica CRISPR-Cas9 em seres humanos. As células modificadas foram inseridas em um paciente com um câncer de pulmão agressivo. De acordo com o estudo publicado na revista científica *Nature* no final de 2016, células imunes do sangue do paciente foram colhidas e, posteriormente, genes específicos foram “silenciados” usando a técnica CRISPR-Cas9. Os genes desligados eram responsáveis por codificar a proteína PD-1, que normalmente freia a resposta das células imunes (o câncer se aproveita dessa função para proliferar). Depois de modificar as células, os pesquisadores as multiplicaram e reinsertaram no paciente. A expectativa do grupo de cientistas é que, sem a proteína PD-1, as células editadas poderão lutar contra o câncer e, eventualmente, vencê-lo.

Em melhor explicação, é de se dizer que a técnica de edição do DNA permite que seja realizada a retirada ou a troca de genes defeituosos por genes saudáveis, viabilizando a libertação de doenças, ou a prevenção do envelhecimento e a prolongação da vida, sendo, ainda, uma técnica de mais baixo custo e mais eficaz. É assim que ensina Darlei Dall’Agnol⁴ ao afirmar que:

Essa técnica pode ser usada para fins terapêuticos substituindo material genético com defeitos por material genético normal num número suficiente de células que inseridas poderiam, por exemplo, combater tumores. Ela pode também ser usada para melhoramento genético, isto é, de potencialização de certas características biológicas desejadas a partir de modificações nas células germinais ou em zigotos. Essa técnica tem um potencial revolucionário tanto pelo seu baixo custo e alta eficácia (já estão sendo comercializados kits de edição gênica por menos dez mil dólares) quanto pela larga escala de aplicações.

Assim, verifica-se que a utilização médica da técnica de edição do DNA representa um importante e necessário avanço para a ciência que, incansavelmente, como já foi dito, busca a cura de tantas doenças devastadoras e o aumento da longevidade humana.

Ao passo que a técnica aqui explicada é, sem dúvida, um claro e importante avanço nas ciências médicas, também representa flagrante risco à bioética, à medicina e à própria humanidade.

³ CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. **Técnica CRISPR-Cas9 é usada para tratar pacientes com câncer.** Disponível em: < <http://cib.org.br/tecnica-crispr-cas9-e-usada-para-tratar-pacientes-com-cancer/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

⁴ DALL’AGNOL, D. *Edição do genoma humano: algumas reflexões éticas.* Disponível em: <<http://anpof.org/portal/index.php/en/comunidade/coluna-anpof/851-edicao-do-genoma-humano-algumas-reflexoes-eticas>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

Para a medicina, pode trazer, como principal risco, a ocorrência de mutações genéticas não previstas e que ocasionem o surgimento de novas doenças ou problemas de saúde nunca vistos e que não tenham qualquer conhecimento de resolução e cura.

Ao procurar uma solução encontrar-se-ia um problema, o que, sem dúvida representa um grande preço a ser pago pela tentativa de melhorar o genoma humano. Válido é trazer à baila que após uma experiência chinesa utilizando a técnica foram usados 86 embriões, porém apenas 7 deles perderam o gene nocivo que se pretendia extirpar, todos os outros não foram manipulados com sucesso. Em alguns desses manipulados sem sucesso houve, em verdade, um erro que atingiu o DNA em local diverso do pretendido o que poderia ocasionar uma criação de nova doença.

Percebe-se, assim, que ao passo que a técnica de edição do DNA pode ser um grande passo da engenharia genética, sem qualquer dúvida poderá trazer a cura, ou melhor, extirpar a existência de diversas doenças, também poderá ocasionar diversos riscos à própria humanidade e óbvio ferimento aos direitos humanos e aos direitos fundamentais da vida e da reprodução, uma vez que pode acontecer qualquer erro na manipulação da cadeia de DNA que pode provocar a criação de novas doenças desconhecidas e sem cura, bem como pode, ainda, gerar mutações gênicas que façam nascer crianças com novas deformidades ou graves problemas congênitos.

Por ser oportuno, é necessário esclarecer, que a técnica de edição de DNA pode ser ainda, a chance de uma pessoa poder ter um filho, já que sabedora de problemas genéticos poderia usar essa terapia para extirpar o mal que impossibilitasse, por exemplo, o prosseguimento de uma gestação, o que influencia diretamente na garantia dos direitos reprodutivos e, também, no direito à própria vida.

É justamente nesse diapasão que é necessário ponderar a viabilidade de terapia com uso da técnica de edição de DNA, face ao direito à vida e aos direitos reprodutivos, tendo em vista as nuances que permeiam estes, posto que os avanços e consequências de tal técnica recaem, diretamente, em tais direitos, que por serem fundamentais à luz da Constituição Federal vigente, não podem ser manejados sem, ao menos, um lastro normativo ou jurisprudencial mínimo, que garanta uma utilização equilibrada e tendente a observar os preceitos constitucionais e jurídicos hoje postos, bem como os direitos humanos postos em ordem internacional.

Exatamente por isso, é que é necessário estudar de modo mais aprofundado o direito à vida e os direitos reprodutivos, assim como aqui se fará nos próximos capítulos, não sem antes explicar, de modo breve, do que se tratam os direitos fundamentais.

3. Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico:

a) Definição de Direitos Fundamentais:

Utilizando os ensinamentos de Robert Alexy⁵, pode conceituar-se direitos fundamentais como sendo “aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados”, ou seja, são determinações insertas no texto constitucional que estabelecem quais serão os direitos fundamentais que deverão ser observados no ordenamento jurídico, devendo, no entanto, haver a devida diferenciação dos demais enunciados existentes na Constituição e que não são de ordem fundamental.

São fundamentais, por assim dizer, todos aqueles direitos que agreguem em si preceitos cuja observância são de importância basilar para a ordem jurídica, que sejam verdadeiros princípios básicos a partir dos quais as demais normas, inclusive as outras de esqueleto constitucional, possam evoluir.

De acordo com Adriano dos Santos Lurconvite⁶, é necessário explicar, também que:

Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV)

Dessa feita, verifica-se que várias são as terminologias para indicar o que são os direitos fundamentais e que assim serão denominados no presente trabalho, sem que haja qualquer diferenciação entre as designações apresentadas.

Necessário esclarecer, entretanto, que a ordem jurídica nacional, hoje, não entende como sinônimos os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos, assim como explicou Adriano Lurconvite, apesar de ser verdadeiro dizer que aqueles, via de regra, compõem esses, sendo interligados pela importância que têm.

Os direitos humanos são positivados no plano internacional, não sendo restritos, apenas a uma dada ordem constitucional, assim como são os direitos fundamentais, que

⁵ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁶ DOS SANTOS LURCONVITE, A. “Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição”. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528. Acessado em 07/07/2017.

são consagrados nas Constituições. Como já dito, ambos possuem o mesmo sentido de proteção, diferindo-se pelo âmbito de aplicabilidade.

Referindo-se a essa tênue, mas existente, diferença entre os direitos humanos e direitos fundamentais é que Ingo Wolfgang Sarlet⁷ esclarece que:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Feita a diferenciação acima, é importante destacar que, assim como já dito, os direitos humanos, de modo geral, refletem momentos da sociedade, momentos da história e são reflexos das necessidades do povo. Como explica Bobbio⁸:

O elenco dos direitos dos homens modificou-se, e continua a modificar-se, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, nos meios disponíveis para realização dos mesmos, da transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

É exatamente por isso que sua evolução foi dividida em gerações ou dimensões, posto que cada “bloco” de direitos foi concebido e conquistado numa dada etapa da história que pode ser modulada a fim de ser melhor compreendida, tendo em vista os momentos sociais e as lutas dos homens ao longo da história, assim como se verá adiante.

⁷ SARLET, I. A *eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁸ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. 13ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

b) As Gerações de Direitos Humanos:

Atualmente, pode dizer-se que existem cinco gerações de direitos humanos, apesar de que nem todas elas serem reconhecidas pela doutrina nacional e internacional, muitos afirmam que, reconhecidamente, apenas três são referendadas e formalmente existentes, no entanto, aqui irão apresentar-se as cinco gerações hoje debatidas, dando um enfoque especial à quarta geração dos direitos humanos, uma vez que é nela que se inserem os direitos relativos à biotecnologia e, conseqüentemente, ao tema aqui em análise.

A primeira geração dos direitos humanos, como afirma Napoleão Casado Filho⁹, “seria a dos *direitos civis e políticos*, que surgiram nas revoluções burguesas (como a Francesa e a Gloriosa) e que teriam o seu fundamento na ideia de liberdade (*liberté*, representada pela cor azul da bandeira francesa), pois são formas de se limitar o arbítrio estatal.”

São verdadeiros direitos de “não fazer” por parte do Estado. Os direitos fundamentais de primeira geração visavam resguardar as liberdades individuais dos homens, através da não intervenção, pelo que se fala que seria o “não fazer”.

Paulo Bonavides¹⁰ afirma que “os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam ma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.

Passando-se à segunda geração dos direitos humanos, tem-se que esta, contrapondo-se à primeira, vai exigir uma verdadeira ação estatal. Ou seja, enquanto que a primeira geração exigia um não fazer, esta irá exigir um fazer.

A segunda geração irá buscar não só assegurar direitos, mas a concretização de um mínimo ético de direitos, a realização de um lastro mínimo de direitos que assegure condições dignas de vida.

São os chamados direitos sociais, culturais e económicos que advieram, sobretudo, da Revolução Industrial ocorrida na Europa e que claramente também tinha o homem como fundamento principal de sua proteção. Essa geração de direitos fundamentais, de acordo com Adriano dos Santos Lurconvite¹¹, fez gerar um sentimento de necessidade de proteção à instituição. Assim vejamos:

⁹ CASADO FILHO, N. *Direitos Humanos e Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Saberes do Direito, 57.

¹⁰ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹¹DOS SANTOS LURCONVITE, A. “Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição”. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528. Acessado em 07/07/2017

Com os direitos da segunda dimensão, brotou um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e valorização da personalidade humana, que o tradicionalismo da solidão individualista, onde se externara o homem isolado, sem a qualidade de teores axiológicos existenciais, ao qual somente a parte social contempla.

Os direitos dessa geração tendiam, principalmente, como se pode perceber, a tentar diminuir as desigualdades sociais. Buscava a saciedade de direitos sociais com base em uma atuação estatal que suprisse as desigualdades existentes.

Já no que se refere aos direitos de terceira geração, tem-se que estes tratam dos direitos ligados à solidariedade e a fraternidade. Não falam mais de direitos individuais, partindo-se para uma perspectiva transindividual, na qual o direito da coletividade irá preponderar.

É nessa fase de luta pelos direitos que irá surgir a preocupação com o meio ambiente, por exemplo, num exemplo claro de preocupação com a coletividade.

Partindo das premissas aqui postas é que Alexandre de Moraes¹² afirma que “protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos [...]”.

Chegando à quarta geração dos direitos humanos, que merecerá destaque no presente trabalho, já que trata de pesquisas biológicas, à biotecnologia, que se coaduna à seara ao tema aqui debatido sobre o uso da técnica de edição de DNA em face ao direito a vida e aos direitos reprodutivos.

De acordo com Bobbio¹³, com o avançar das conquistas dos Direitos e da história da humanidade, os novos direitos surgidos e os novos problemas advindos das relações travadas nas eras mais atuais, exigiram a criação de uma nova geração, que seria então esta quarta geração de direitos fundamentais “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Há que dizer, que os direitos de quarta geração irão tratar, também, dos direitos de globalização, pluralismo e democracia, porém, o foco do presente trabalho será a biotecnologia.

No que tange à preocupação com a engenharia genética trazida à baila com essa quarta geração de direitos fundamentais, tem-se que a principal preocupação é o risco

12 MORAES, A. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

13 BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. 13ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

da manipulação do patrimônio genético individual, não sem se questionar a necessidade do avançar da ciência, principalmente no que se refere à cura de doenças até então incuráveis ou de difícil tratamento.

Busca-se, na verdade, regular e proteger, de algum modo, os homens e, também os animais, já que também abarca a biopirataria, contra a manipulação genética sem parâmetros médicos e éticos viáveis e previamente estabelecidos. Se quer garantir que a engenharia genética não vai ultrapassar as barreiras da ética, da moral e do Direito em busca da perfeição do genoma humano ou da recuperação de espécies já extintas, por exemplo.

Por óbvio, a intenção dos direitos de quarta geração não é obstaculizar o avanço da engenharia genética, mas, como já dito, discutir e regular as normas de proteção ao patrimônio genético dos homens e dos animais, garantindo o acesso às terapias genéticas, mas com garantias de que o seu “direito ao patrimônio genético” estará salvaguardado.

É exatamente na categoria dos direitos de quarta geração que irá inserir-se o debate do tema proposto neste artigo: Pode a técnica de edição do DNA representar uma grave violação aos direitos fundamentais postos? Pode representar violação à integridade, à vida e aos direitos reprodutivos?

Sem qualquer dúvida os direitos de quarta geração, como bem asseveraram Emmanuel Teófilo Furtado e Ana Stela Vieira Mendes¹⁴, advieram, principalmente, das graves atrocidades cometidas na época da segunda guerra mundial, sobretudo no que se refere ao nazismo e sua intenção eugênica. Assim vejamos:

A quarta geração de direitos humanos está ligada à questão do bio-direito. Foi, sem dúvida, por conta das atrocidades ocorridas durante a 2ª. Grande Guerra Mundial, mormente no que se refere a experimentos genéticos manietados pelos campos de concentração do nazismo que o direito moderno passou a se preocupar com a ética voltada para o trato das experiências com a genética e demais experiências e procedimentos médicos e biológicos, preocupação que deveria redundar na proteção da pessoa humana, quer de forma física, quer em sua dignidade, ocasionando, por sua vez, uma humanização do progresso científico.

Já os direitos de quinta geração, tratam, precipuamente, do direito a paz, sendo uma idéia fortemente defendida por Paulo Bonavides que afirma, que por ela ser requisito da convivência humana e de conservação da espécie, que dá segurança aos demais direitos, precisa ser garantida e elevada a um nível de direito humano,

¹⁴ TEÓFILO FURTADO, E.; VIEIRA MENDES, A. S. “Os direitos humanos de 5ª Geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho – inércias, avanços e retrocessos na constituição federal e na legislação”. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf. Acessado em 07/04/2017.

assegurado em plano internacional. Assim sendo, é a paz o direito humano fundamental de quinta geração.

Sendo a paz fundamental para toda e qualquer sociedade, certamente, não se precisaria elevar à mesma a condição de direito fundamental para que a sua importância fosse reconhecida. Entretanto, num mundo de tantas guerras e ferimento a direitos postos, faz-se fundamental essa elevação da paz a direito humano fundamental de quinta geração.

Após retratar, ainda que rapidamente, as gerações de direitos fundamentais hoje mais debatidas e conhecidas, é necessário esclarecer que uma geração não sobrepõe a outra, sendo estas complementares entre si. Ou seja, cada geração que surge não importa na anulação da geração passada ou em colocação em posição de superioridade. Os direitos ali defendidos gozam de mesma hierarquia e assim sendo, de mesmo nível de proteção e necessidade de obediência.

De certo todos os direitos humanos são importantes para a evolução e manutenção da humanidade e preservação do mínimo ético para a sobrevivência dos homens. Porém, não menos importante são os direitos fundamentais que, como aqui já explicado, possuem notória importância e objeto de proteção idêntico aos direitos humanos, diferindo-se, apenas, pelo âmbito de consagração.

No presente trabalho, destaca-se o direito à vida e os direitos reprodutivos, os quais irão ser detalhados e melhor explicados nos próximos itens, a fim de que se possa verificar a proteção dos mesmos e a utilização da Técnica de Edição do DNA.

4. Direito fundamental a vida:

O Direito à vida é um dos princípios fundamentais insertos na Constituição Federal Brasileira e que se apresenta como o mais supremo dos direitos da ordem jurídica do país. Está previsto, expressamente, a sua proteção, sendo inviolável, no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal¹⁵:

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:

Nesse mesmo sentido afirma Ives Gandra¹⁶, quando diz que: “o mais relevante direito, na Constituição, indiscutivelmente, é o direito à vida, não sem razão enunciado,

¹⁵ Senado Federal. **Constituição Federal 1988**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/bdtextual/const/88/const88.htm>, acesso em: 06. jan. 2017.

¹⁶ GANDRA DA SILVA MARTINS, I. “A vida, o direito fundamental”. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33899/1/LH1-1_artigo3.pdf?ln=pt-pt . Data de acesso: 07/04/2017.

entre os cinco princípios fundamentais, como o primeiro deles, na dicção do “caput” do artigo 5º (...)”.

Assim sendo, sendo o mais relevante dos direitos, outra não seria a preocupação de todo ordenamento jurídico se não a intenção em tentar salvaguardar a vida de todo e qualquer tipo de violação possível, elevando mesmo à condição de direito absoluto, o que hoje, entretanto, já se discute.

Além da previsão central na Constituição Federal, é importante lembrar que os tratados de Direitos Humanos Internacionais dos quais o Brasil é signatário também dão destaque ao direito a vida, tratando este não apenas como mais um bem a ser protegido, mas o bem mais precioso e necessário. É nesse diapasão que Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ afirma que:

A centralidade para qualquer ordem jurídica do direito à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos —o Pacto de San José—, de 1969, declara, no seu art. 4º e, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, explicita que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Nessa diretriz, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (art. 1º a), assevera que “os Estados partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” (art. 6º e - 1º) e estabelece que “os Estados- partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (art. 6Q-2). Proclamar o direito à vida responde a uma exigência

Quando o Direito a vida é elevado à categoria de fundamental, tratado como um valor supremo da ordem nacional tem-se que ele irá servir também de norteador dos demais princípios fundamentais do arcabouço constitucional estabelecido, assim como irá servir como determinador das atuações estatais no que se refere a toda e qualquer situação que venha a refletir direta ou indiretamente na vida humana, assim como é o caso do uso das terapias genéticas.

Não se pode pensar num ordenamento jurídico que tem o direito à vida como direito fundamental, mas que não se ocupa deste para estabelecer as demais leis que irão reger as relações de seus cidadãos, assim como as demais normas constitucionais existentes, justamente para que não haja conflito, para que não haja uma contradição e uma usurpação, mesmo que reflexa, do direito mais importante da ordem jurídica nacional e, também, internacional.

¹⁷ FERREIRA MENDES, G.; MÁRTIRES COELHO, I.; GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

É importante salientar que, como ensina Alexandre de Moraes¹⁸, o direito fundamental à vida não se refere unicamente ao fato de garantir o nascimento e a manutenção da vida em si, mas, também ao direito a uma vida digna. Moraes, nessa esteira de pensamento afirma então que “a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

Verificando essa dupla obrigação estatal no que tange o direito à vida, é que podemos debater de modo ainda mais intenso a questão do Estado, também se ocupar da possibilidade e dos limites do uso da engenharia genética, já que, esta irá influenciar, sobremaneira no direito à vida, podendo influenciar nas gerações presentes e, principalmente, nas futuras, já que com as técnicas em estudo podem realizar-se mudanças genéticas que, em caso de erro, gerem mutações e/ou a descoberta de novas doenças.

A preocupação com o uso da engenharia genética e seus limites recai, principalmente, pelo fato de que ao falar-se em direito à vida não se faz uma distinção quanto a que período de vida se protege, tendo que a vida começa a ser protegida desde o útero, desde a concepção, de acordo com as teorias biológicas existentes. Se a vida intrauterina é protegida então porque não se proteger, também, as manipulações genéticas? Nada mais justo do que pautar tal proteção também nos limites definidos pelo direito à vida, que é o direito central da constituição vigente.

Temos que dizer, que apesar de poder ser considerado como principal dos direitos, o direito a vida, antes considerado como direito absoluto, assim como o eram os demais direitos fundamentais, já não goza mais do “status” de totalmente absoluto, tendo sido flexibilizado por decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal ao decidir acerca do tema, tomando por parâmetro a possibilidade de pena de morte quando em caso de guerra declarada. É assim que ensina Alexandre de Moraes¹⁹:

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina, porém, como os demais Direitos Fundamentais, de maneira não absoluta, pois como destacado pelo Supremo Tribunal Federal, “reputou inquestionável o caráter não absoluto do direito à vida ante o texto constitucional, cujo art. 5a, XLVII, admitiria a pena de morte no caso de guerra declarada na forma do seu artigo 84, XIX. No mesmo sentido, citou previsão de aborto ético ou humanitário como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade no Código Penal, situação em que o legislador teria priorizado os direitos da mulher em detrimento dos do feto. Recordou que a proteção ao direito à vida comportaria diferentes gradações, consoante o que estabelecido na ADI 3510/DF”.

¹⁸ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

¹⁹ MORAES, A. *op.cit.*

Ressalte-se, que o fato de não de não ser mais absoluto, não conduz a diminuição no espectro de proteção do direito à vida, posto que, assim como se explicou, o afastamento de sua proteção, actualmente, só se dará no caso de aplicação de pena de morte em guerra declarada, mantendo o seu carácter absoluto nas demais situações, inclusive no que tange à sua proteção em face do uso das terapias gênicas, entre as quais a técnica de edição do DNA.

Como bem se percebe, o direito a vida é essencial para a garantia dos demais direitos do ordenamento jurídico nacional, assim como dos demais direitos assegurados por tratados internacionais, como já se asseverou, assim sendo, outra não poderia ser a posição do legislador pátrio se não também elevar à condição de direito fundamental os direitos reprodutivos, já que ligam-se, diretamente, à vida, conforme se demonstrará no próximo capítulo.

5. Direitos reprodutivos como direito fundamental

Em *prima facie*, é necessário esclarecer que, nem sempre os direitos reprodutivos foram considerados como direito fundamental, uma vez que antes, apenas se falava em saúde da mulher.

Verificando-se a amplitude do tema e a sua necessidade não só para que se fosse assegurado a saúde da mulher, mas também para que fossem reconhecidos os direitos referentes à sexualidade, à reprodução, à forma de reprodução, ao número de filhos e ao meio para se reproduzir.

Apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos já previr os direitos reprodutivos como direito fundamental, somente em 1994 e em 1995, através do Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo e do documento resultante da IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim é que os direitos reprodutivos foram legitimados nos moldes atuais, sendo assim estabelecido um novo parâmetro de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica. É assim que ensina Laura Davis Mattar²⁰ quando afirma que:

A nomenclatura "direitos reprodutivos" consagrou-se na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), que aconteceu no Cairo, Egito, em 1994, tendo sido reafirmada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, China, no ano de 1995. Segundo o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

[O]s direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter

20 DAVIS MATTAR, L. "Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos". *Rev. int. direitos human.* vol.5 no.8 São Paulo, 2008.

filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

É importante dizer que, não só na garantia da capacidade de escolhas referentes à reprodução, a legitimação dos direitos reprodutivos é importante, mas, também, é fundamental na reconstrução de vários outros direitos e na proteção desses. É nesse momento que irá se iniciar a preocupação com o reconhecimento das diferenças de gênero, geração, classe e cultura. Reconhece-se, também, a partir desse momento as necessidades sociais, ampliando-se os debates sobre os problemas que afligem a sociedade e que precisam ser enfrentados pelo direito. Foi exatamente isso que afirmou Miriam Ventura em seu livro *Direitos Reprodutivos no Brasil*²¹. Vejamos:

O reconhecimento dos direitos reprodutivos como direitos humanos constitui-se em princípio fundamental para a reconstrução do discurso de direitos. Com esse reconhecimento, diferenças de gênero, geração, classe, cultura e outras passam a ser consideradas, ao mesmo tempo em que são reconhecidas as necessidades sociais. A partir daí, são gerados instrumentos políticos e normativos com o objetivo de intervir no grave quadro de desigualdades e permitir o exercício e acesso igualitário dos direitos reconhecidos por todos.

Um grande e importante avanço trazido pelo Plano de Ação do Cairo é que antes, apenas os casais eram tidos como detentores dos direitos reprodutivos, mas após a mesma, também os adolescentes, mulheres solteiras, homens e pessoas idosas passaram a ser detentoras de tais direitos que, hoje, são universais, ou seja, são destinados a todos. Ou seja, todos podem exercer os direitos reprodutivos, sendo superado assim a velha idéia de que apenas os casais deveriam decidir sobre a condição de reprodução, de ter ou não filhos, de como tê-los, quando tê-los, quantos tê-los.

Em uma breve análise, é de se dizer que os direitos reprodutivos conferem às pessoas humanas a condição de decidirem acerca da construção de suas próprias famílias. Não só no que toca ao número de filhos, mas se os querem ou não ter.

Também perpassa pela questão do modo de reprodução, se por método “natural” ou com uso de alguma das técnicas reprodutivas hoje ofertadas pela ciência, incluindo aí, a possibilidade de utilizar a engenharia genética entre elas a técnica que aqui se está a debater: a técnica de edição do DNA.

É nesse diapasão de garantia dos direitos reprodutivos que se pode questionar se estes são amplos o suficiente para garantir aos seus detentores o poder de decidir sobre o uso ou não da técnica de edição do DNA, uma vez que o uso desta, sem qualquer dúvida,

²¹ VENTURA, M. “Direitos Reprodutivos no Brasil”. *Fundo de População das Nações Unidas*: São Paulo, 2004.

não implicará consequências em caso de erro apenas àqueles que optarem por seu uso mas possíveis consequências para toda sociedade.

Certamente, em uma breve análise do fato em si, haveria de se dizer que não se poderia negar ao detentor dos direitos reprodutivos a chance de utilizar a técnica de edição do DNA para garantir a chance de ver satisfeito o sonho de ter um filho, porém, ao se analisar mais profundamente, ante tudo que até aqui já foi exposto, percebe-se que uma vez que não há hierarquia entre os direitos fundamentais não se pode sobrelevar os direitos reprodutivos sem observar o direito a vida, a integridade e a saúde, já que estes podem ser abalados em caso de qualquer tipo de erro na utilização da técnica aqui referida.

A preocupação maior, então, além de ser a proteção aos direitos reprodutivos, liga-se a questões bioéticas e de direito médico, justamente porque não se pode falar em aplicação de terapia gênica em humanos sem que haja, conseqüentemente, embates de ordem ética, médica e moral que, sem qualquer dúvida, como já dito recai no próprio direito à vida.

Logicamente, a proteção aos direitos reprodutivos é necessária, porém, deve-se sopesar se esta deve ser posta acima dos direitos à saúde e mesmo da vida humana, já que a criação de novas anomalias, de novas e perigosas doenças e a prática da eugenia podem ocasionar danos irreversíveis à sociedade.

A bioética, em face à aplicação da técnica de edição do DNA, preocupa-se com os rumos que a ciência e a humanidade podem tomar sob a pecha de proteção aos direitos reprodutivos, sobretudo quando se tem conhecimento de um passado não tão distante em que o nazismo tentou, rusticamente, a eugenia.

É compartilhando dessa preocupação que Leocir Pessini e Christian Barchifontaine ²² afirmam que existem quatro atitudes éticas fundamentais acerca do uso da tecnociência em relação à natureza humana, destacando, dentre essas que:

A ciência não tem direito de mudar as qualidades humanas, mais as características! Essa abordagem insiste que há um limite para a intervenção científica e que esse limite é a natureza da pessoa humana como ela é atualmente entendida e valorizada. Levantam-se questões de ordem política em que a ciência é produzida. O que aconteceria se este conhecimento para mudar a natureza humana caísse nas mãos de um “Hitler”, por exemplo, ou então a possibilidade de clonar gente.

Ou seja, a ciência pode intervir para o melhoramento das condições humanas, sobretudo quando se fala na garantia de direitos fundamentais, entretanto, deve haver um limite ético que precisa ser respeitado, sob pena de ocorrer retrocessos ou mesmo a colocação em risco da própria humanidade.

²² PESSINI, L.; BARCHIFONTAINE, C. *Problemas Atuais de Bioética*. 11.ed. São Paulo: Centro Universitário de São Paulo, 2014.

Considerando-se a proteção aos direitos reprodutivos, mas a necessária proteção do próprio homem e de sua dignidade é que Adriana Maluf²³ afirma que há um verdadeiro conflito de ordem bioética entre a liberdade de investigação científica e os direitos humanos. Assim vejamos:

O que não significa que não deva o emprego das técnicas conhecer nenhum limite normativo em face da preservação da dignidade humana ou mesmo da higidez da espécie. Estabelece-se todavia um grande conflito bioético entre a liberdade de investigação científica e os direitos humanos, devendo, tal como já exploramos, zelar-se pela vida e pela dignidade humana em todos os seus momentos, desde a concepção até seus momentos finais.

Assim sendo, verifica-se que na mesma proporção em que se faz necessário proteger os direitos reprodutivos, já que são direitos fundamentais, deve-se pautar as intervenções científicas em limites bioéticos, a fim de que a ciência, na contramão da ética, não traga mais conseqüências do que ganhos à sociedade moderna.

6. Considerações finais

Perante o exposto, face aos direitos fundamentais, percebe-se que a técnica de edição do DNA, sendo uma das tecnologias trazidas pela engenharia genética reprodutiva, precisa de ter a sua aplicabilidade analisada antes de ser amplamente utilizada em seres humanos, como uma das opções de terapia gênica disponíveis, hoje, em tratamentos largamente oferecidos em laboratórios e centros genéticos.

Apesar de representar uma técnica que pode trazer a cura de diversos problemas de saúde de ordem genética, além de garantir àqueles que tenham qualquer tipo de problema congênito que impeçam a fecundação a chance de uma gravidez, não se pode admitir a sua utilização sem um esboço legal mínimo que regule o seu uso, já que, conforme já foi explicitado, os reflexos e conseqüências dos resultados da técnica podem recair não só sobre aquele que no uso de seus direitos reprodutivos decide submeter-se à mesma, mas podem recair sobre toda a comunidade.

Conforme bem se asseverou ao longo do presente trabalho, os limites bioéticos do uso da Técnica de Edição do DNA precisam ser bem fixados, não se admitindo o uso indiscriminado da terapia, já que suas conseqüências podem recair sobre os direitos fundamentais dos homens.

Além do mais, temos que dizer que não só os direitos reprodutivos debatidos neste artigo são atingidos com o uso da técnica de edição do DNA, mas, também se atinge directamente o direito à vida, sobretudo se houver qualquer desvio da finalidade no uso da técnica, com o risco de utilização desta para terapia eugênica, não só a eugenia de uma coletividade já conhecida pela humanidade, mas a eugenia individual, que permitirá

²³ MALUF. A. Curso de Bioética e Biodireito. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

àqueles que queiram, “programar” e “desenhar” os bebês que desejam ter, atribuindo a estes as características que julgam melhores. Crianças perfeitas, frutos de manipulação gênica.

A manipulação gênica permite o que se chama de eugenia Liberal que deve ser considerada em perspectiva positiva e negativa que, de acordo com Habermas²⁴ representam, respectivamente, uma a utilização da técnica em caráter terapêutico e a outra o seu uso apenas como aperfeiçoamento das características do ser humano.

Sem qualquer dúvida o mau uso da técnica de edição do DNA pode gerar grave risco para o direito a vida, pelo que, defende-se, que o uso da terapia genética aqui estudada não pode se prestar à eugenia negativa, devendo, apenas, restringir-se à possibilidade de cura de doenças, a fim de que não haja ferimento à dignidade da pessoa humana, ao princípio da autonomia e ao próprio direito à vida.

O cuidado maior na utilização da técnica de utilização do DNA, na perspectiva da eugenia positiva, mesmo sendo viável para a cura de doenças e evolução da sociedade, também precisa ser aplicada observando os limites da bioética, a fim de que há o risco de que a manipulação genética possa ocasionar a “produção” de novas doenças sem qualquer conhecimento humano, ou deformidades em fetos oriundos deste procedimento, que poderá ocasionar dano ao direito fundamental à vida, que até então, é predominantemente absoluto e não pode ser ferido pelo simples uso da engenharia genética sem a devida regulação ou observância de limites éticos e bioéticos.

Defendemos, então, não que se rechace o uso da técnica de edição do DNA que é de suma importância na evolução dos estudos em genética e da própria evolução humana, mas sim a regulação do seu uso, para que quando aplicada em humanos não seja realizada sem a estrita e comprovada necessidade. Evitando-se, assim, o uso para fins meramente estéticos ou eugênicos, ou seja, defende-se que seja usada a técnica de edição do DNA apenas e tão somente em casos de eugenia positiva- para o tratamento terapêutico.

É necessário, desse modo, que sejam avaliados os parâmetros médicos e bioéticos para utilização da técnica de edição do DNA, a fim de que esta mesmo representando um avanço na ciência biológica, não represente um retrocesso à humanidade e à garantia de direitos fundamentais, especificamente os direitos reprodutivos e à vida, nem mesmo qualquer retrocesso às gerações dos direitos humanos.

Os direitos humanos de quarta geração, conforme se depreendeu do que aqui foi exposto, ocupa-se, justamente das questões ligadas ao uso da biotecnologia sem que implique em qualquer risco ao ser humano, principalmente porque as gerações de direitos se coadunam, uma não se sobrepõe a outra, devendo, desse modo, haver um cuidado especial a cada novo direito posto, a cada nova garantia assegurada, a fim de que

²⁴ HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

não se concedam direitos contraditórios ou que possam conflitar gerando situações de difícil resolução ou de verdadeira negação de direitos já assegurados, o que, com toda certeza, nada mais é do que um retrocesso. Garantir a vida e os direitos de reprodução não pode implicar, jamais, em um retrocesso à outras garantias já conquistadas ao longo da história, tampouco expor a humanidade a riscos desconhecidos ou que possam ocasionar mais danos do que benefícios.

A vida humana é o objeto de direito mais fundamental de todos e que exatamente por isso precisa ser resguardada, mesmo que isso implique, de algum modo, uma evolução menos arrojada da ciência.

Com isso, é lógico, não se quer defender, como aqui já dito, a não aplicabilidade da técnica de edição do DNA, mas sim o seu uso sob uma perspectiva que não permita que se ultrapasse os limites bioéticos e que assim se ponha em perigo a própria vida.

É preciso realizar-se um verdadeiro procedimento de ponderação, através do qual se irá analisar não a hierarquia de direitos, já que em se tratando de direitos fundamentais não há hierarquia, mas sim a viabilidade do uso da técnica no exercício de direitos reprodutivos, os seus reflexos nesses mesmos direitos e no que toca o direito à vida, que pode ser flagrantemente abalado, sobretudo se a técnica for utilizada sem qualquer limite bioético ou legal, como é o caso do uso da técnica numa eugenia negativa.

A evolução das terapias genéticas é necessária e não pode ser atravancada, entretanto, esta deve estar atrelada aos limites da ética e da legalidade, não se permitindo que sob o manto de defesa da ciência se degrade a própria vida e a humanidade.

Referências:

_____. Conselho De Informações Sobre Biotecnologia. **Técnica CRISPR-Cas9 é usada para tratar pacientes com câncer**. Disponível em: < <http://cib.org.br/tecnica-crispr-cas9-e-usada-para-tratar-pacientes-com-cancer/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. GEDBIOÉTICA. A edição genética hoje e sua importância para a bioética. Disponível em: < <http://gedbioetica.com.br/edicao-genetica-hoje-e-sua-importancia-para-bioetica/>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

_____. Senado Federal. **Constituição Federal 1988**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/bdtextual/const/88/const88.htm>>, acesso em: 06. jan. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., rev., atual., 3ª tiragem. São Paulo: Malhães, 2005.

- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Tourinho. 13ª Tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL, Ministério da Saúde. **Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos: uma prioridade do governo**. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.
- CARVALHO, Lúcio. **Bioética e a informação humanamente modificada**. Disponível em: <https://www.revistaamalgama.com.br/05/2015/bioetica-e-a-informacao-humanamente-modificada/>. Acessado em 18/08/2017.
- CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Saberes do Direito, 57.
- DALL'AGNOL, Darlei. **Edição do genoma humano: algumas reflexões éticas**. Disponível em: <<http://anpof.org/portal/index.php/en/comunidade/coluna-anpof/851-edicao-do-genoma-humano-algumas-reflexoes-eticas>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- FERRER, Jorge José; ALVAREZ, Juan Carlos. Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. **Disponível em:** <http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/> . **Acessado em 07/04/2016.**
- FURTADO, Emmanuel Teófilo; MENDES, Ana Stela Vieira. Os direitos humanos de 5ª Geração enquanto direito à paz e seus reflexos no mundo do trabalho – inércias, avanços e retrocessos na constituição federal e na legislação. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_335.pdf. **Acessado em 07/04/2017.**
- HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Trad. Karina Janinni. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos de 4ª Geração**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/geracaodh/4_geracao.html. **Acessado em 07/04/2016.**
- LURCONVITE, Adriano dos Santos. Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição. **Disponível em:** <http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&%20artigo_id=4528. Acessado em 07/07/2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito. 3.Ed. São Paulo: Atlas, 2015.**

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A vida, o direito fundamental.** Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33899/1/LH1-1_artigo3.pdf?ln=pt-pt . Data de acesso: 07/04/2017.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Rev. int. direitos human. vol.5 no.8 São Paulo, 2008;**

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética.** 11.ed. São Paulo: Centro Universitário de São Paulo, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 9 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012;

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética Ponte para o futuro.** Tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TATAY, Lúcia Gómez. **La edición genómica denominada CRISPR-Cas9. Consideraciones biomédicas y éticas.** Disponível em: < <http://www.observatoriobioetica.org/2015/10/la-edicion-genomica-denomianda-crispr-cas9-consideraciones-biomedicas-y-eticas/10075>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil.** Fundo de População das Nações Unidas: São Paulo, 2004.

LA ERA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

THE AGE OF FOUNDATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS HUMAN RIGHTS

Hortensia Rodríguez Morales¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: 1. Planteamiento; 2. Vicisitudes en la conceptualización: ¿Qué es un “derecho humano”?; 3. Necesidad de superar la ambigüedad del término “derechos humanos”; 4. Fundamentación de los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; 5. Clasificación de los derechos humanos en la fundamentación del derecho; 6. Referencias

1. Planteamiento

En la actualidad, no son pocos los debates que se desarrollan en torno a la naturaleza, conceptualización y alcance de lo que se reconoce por “derechos humanos”. De hecho, se puede comprobar cómo en diferentes foros, prensa, radio, televisión, etc., se emplea el término “derechos humanos” para esgrimir la defensa de otros derechos.

Pero la confusión aumenta todavía más si se tiene en cuenta cómo suelen agruparse los derechos, pues, las distintas clasificaciones que de los derechos humanos se han realizado, engloban diferentes derechos dentro de similar codificación, con lo que tampoco favorece a aclarar la definición del concepto “derecho humano”.

Además, como bien ha señalado Peces Barba, el meollo del problema semántico consiste realmente en que con la expresión “derechos humanos” se quieren significar dos cosas radicalmente irreconciliables y esta confusión entre ambos aspectos se encuentra tanto en el habla normal, en lo que se entiende cuando se utiliza habitualmente, como en las discusiones más especializadas².

Y estos dos aspectos son, por un lado, la pretensión moral que subyace en el término de lograr que las personas tengan una vida libre y digna, y, por otro lado, el requerimiento jurídico de que tales pretensiones sean garantizadas y aplicadas. Es decir, se hace alusión a la doble cara de los derechos humanos, a su aspecto moral y a su aspecto jurídico³.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). Asesora de COMISIONES OBRERAS. Email: hortensia.rodriguez@fsc.ccoo.es

² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 20-21.

³ *Ibidem*, pp. 20-21.

En este punto, se ha de entender, que además de las discusiones generadas por la doctrina respecto de la conceptualización misma del término “derecho humano”, que podríamos denominar de “estrictamente teórica”, la expresión “derecho humano” puede adquirir significados que son totalmente ajenos y diferenciados, incluso en un ámbito social más cotidiano. De esta forma, puede pensarse que el significado de “derecho humano” es el de un derecho atribuible, de forma general, a un ser humano, como muchas veces se utiliza en ámbitos no especializados en derecho. Y, puede entenderse que cuando se utiliza el vocablo “derecho humano” es en referencia a derechos naturales del ser humano, con unos caracteres primordiales que les diferencia totalmente de cualquier otro tipo de derecho que el ser humano pueda adquirir.

Las numerosas discusiones sobre la plurivocidad que sufre el término *derechos humanos* no han de hacernos perder el camino final y objetivo cumbre de éstos, la defensa y garantía de los derechos naturales del hombre.

En este sentido, su traslación como derechos fundamentales es paso necesario y eficaz para su mayor sentido y garantía.

La plena fundamentación de los derechos humanos en derechos fundamentales ha seguido un camino paralelo al de la adquisición del Estado de lo que podríamos denominar diferentes categorías jurídicas. Así, los derechos humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere.

Por su parte, la denominada clasificación en generaciones, es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento en el mismo orden en que por parte del ordenamiento jurídico normativo de cada Estado ha ido reconociendo como derechos fundamentales a los diferentes derechos humanos.

En base a esa idea, puede determinarse que los denominados derechos de primera generación, derechos civiles y políticos, se incardinan en un Estado de Derecho. Por su parte, los derechos humanos de segunda generación, derechos económicos, sociales y culturales, transforma el Estado de Derecho en un Estado Social de Derecho. Y, en esa misma línea, los derechos humanos de tercera generación, promovidos a partir de la década de los años setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, hace aflorar el denominado Estado de Bienestar.

Por tanto, puede entenderse que la fundamentación de los derechos humanos, en relación con el modelo jurídico del Estado democrático, coloca a éste en un punto de apoyo determinado mediante los derechos fundamentales reconocidos. Así los Estados democráticos, han pasado de mero Estado a convertirse en un Estado de Derecho Social y de Bienestar.

2. Vicisitudes en la conceptualización: ¿Qué es un “derecho humano”?

Las disyuntivas que se generan en torno a la noción “derechos humanos”, en particular en el foro de los teóricos del derecho, respecto a la conceptualización propia a aplicar a los mismos, ayudan al análisis de las distintas nociones, a su estudio y por supuesto, a concluir argumentos de valor doctrinal.

En este sentido, hay que advertir que estas discusiones en nada desmerecen a la noción misma de los derechos humanos, ni al valor intrínseco que poseen como preservadores de la dignidad del ser humano, por notables y diversos que sean los distintos argumentos que finalmente se extraigan de esa disertación.

Pues es la conciencia misma del individuo la que reconoce de facto, casi instintivamente, el valor de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el reconocimiento del valor de la vida humana como derecho humano, es asumido por el individuo de forma espontánea, sin que deba previamente adquirir para ello, determinados conocimientos técnicos ni científicos de ningún tipo, ni necesita para ello, conocer discernimientos de mayor calado doctrinal.

Así, hay que tener en cuenta que la ambigüedad del término “derechos humanos” no genera en los individuos una negación consciente a la idiosincrasia propia de los derechos humanos, pues la asumen comúnmente, sino que al contrario, se constata la permanencia del valor de los derechos humanos aun cuando no se tiene intenso conocimiento de los mismos, ni se llega a un consenso pleno sobre el concreto concepto de los derechos humanos.

En esa misma línea, Pérez Luño reafirma la importancia de los derechos humanos en sí mismos, salvando la importancia que su conceptualización puede aportar al valor intrínseco que poseen, cuando dice “Ahora bien, la inexistencia de un acuerdo pacífico sobre el significado de los derechos humanos no disminuye en nada la importancia y la propia necesidad de esta noción; ya que aceptar como irremediable la frondosidad y la penumbra conceptual de los derechos humanos podría llegar a comprometer su plena implementación, tarea que sigue siendo la gran responsabilidad de cuantos han apostado por la emancipación definitiva de todos los hombres”⁴.

Si el estudio y la efervescencia disquisitiva sobre el concepto de los derechos humanos favorecen al desarrollo y la implantación de los mismos, como valores inherentes al ser humano, es una cuestión difícil de apreciar. Lo que no lo parece tanto, e incluso puede afirmarse es que no lo desfavorecen en ningún caso.

Pues en este sentido, estas diferentes controversias sobre el concepto “derechos humanos”, más allá de acabar siendo meras doctrinas que han alimentado la cultura jurídica y filosófica de los Estados, enriqueciendo con ello la aplicabilidad y conocimiento

⁴PÉREZ LUÑO, A.E. *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, p. 279.

de los derechos humanos en ámbitos variados, es constatable, que no ha hecho que los derechos humanos, como derechos y normas inmanentemente adheridas al individuo, pierdan un ápice de su espíritu.

Se afirma por ello, entonces, que la conceptualización de los derechos humanos en sí, no genera en ellos modificaciones básicas de sustento de su valor, sino que más bien, busca diferenciarlos de otros derechos. Con ello se revaloriza su propia esencia, de forma que no quede más remedio que verlos como lo que son, valores intrínsecos, inmanentemente adheridos al ser humano desde su inicio vital y con una fuerza imperativa tal, que su incumplimiento vulnera normas fundamentales de los Estados (cuando han sido reconocidos), de la moral propia de los individuos y del mayor consenso normativo internacional.

La conceptualización de los derechos humanos, y la ambigüedad que presentan, no debe llevar a creer que el desarrollo mismo de los derechos humanos puede verse alterado de forma tal que se enfrenten por ello a limitaciones en su aplicación, sino que más al contrario, ese componente discursivo que de la conceptualización de los derechos humanos ha hecho la doctrina jurídica, ha servido para calibrar efectivamente o cercanamente ese valor auténtico que poseen como propiedades innatas del ser humano.

Señala, no obstante, López Calera que “precisamente como exponente de la “naturaleza dialéctica” de los derechos humanos su carácter utópico, el que nunca se realizarán plenamente, pero siempre serán factores reales que colaborarán o servirán al logro de unas situaciones reales más justas. Los derechos humanos no son, a pesar de todo, retórica vacía”⁵.

Con ello, significa el autor que a pesar del supuesto carácter ideal de los derechos humanos, su plena realización es virtualmente imposible, pero no obstante, adquieren los derechos humanos un fin paulatino y determinante, el ser asumidos como incentivos de mejora de situaciones preexistentes.

Por lo que aunque la conceptualización misma de los derechos humanos se discuta en amplios ámbitos académicos y teóricos, es indudable que esto no inquieta ni un ápice el valor intrínseco que los derechos humanos poseen como respaldo válido de la dignidad humana en la mayor amplitud de la expresión.

Con esto se intenta ultimar la idea de la existencia de disímiles y heterogéneas interpretaciones sobre el concepto de derecho humano, pero también enfrentarnos a la idea de que esto no ha podido influir en modo alguno en la asunción de los valores que intrínsecamente poseen los derechos humanos y su más que cierta traslación a los derechos fundamentales de los Estados democráticos, haciendo con ello realidad la función misma para la cual fueron reconocidos.

⁵LÓPEZ CALERA, N.M. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Número 6, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 82-83.

3. Necesidad de superar la ambigüedad del término “derechos humanos”

La ambigüedad que presenta el concepto derecho humano, ya viene defendido por numerosos teóricos del derecho haciéndose extensible esta ambigüedad a la propia locución, “derechos humanos”.

En este debate teórico, son muchos los autores que se han posicionado en este sentido, defendiendo que en modo alguno se debe separar el objetivo que se proyecta en la naturaleza subjetiva de los derechos humanos.

Para Atienza, la ambigüedad se relaciona con la tendencia a utilizar expresiones distintas en cada caso. Así, en general, al hablar de derechos fundamentales, derechos públicos, subjetivos o de libertades públicas, parece que se trata de facultades reconocidas por las normas jurídicas, mientras que cuando se habla de derecho humanos o de derechos naturales, parece que se refiere a valores o que se hace abstracción de esta circunstancia...”⁶

Eusebio Fernández nos señala por otra parte, “la necesidad de contar con un lenguaje preciso, coherente y bien construido es una exigencia de cualquier tipo de conocimiento científico y, como tal, es directa su aplicación al problema de la elaboración de una teoría de los Derechos Humanos”⁷

En este sentido, se pronuncia el profesor Peces-Barba cuando emplea para conceptualizar el término “derecho humano” diferentes nomenclaturas e indica cómo, incluso, puede proyectarse desde diferentes esferas. Así, se constata cuando se utilizan expresiones como “derechos del hombre”, “derechos naturales”, “derechos subjetivos”, “derechos morales”, “derechos fundamentales” o “libertades públicas”, para defender la aproximación conceptual de los mismos ya que en principio el propio término “derechos humanos” pueden adquirir distintos significados⁸.

Por su parte, Nicolás López señala el desconcierto que le produce el que “a estas alturas de la historia siga el debate terminológico, que al final, es también conceptual e ideológico”⁹. Se trata, en definitiva, de justificar ese discurso permanente sobre el concepto del término “derechos humanos” pues entiende que sigue siendo discutido

⁶ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUÍZ MANERO, J. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1993, p.15.

⁷FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1981, p.76.

⁸PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales*, cit., p. 20.

⁹LÓPEZ CALERA, N.M. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, cit., p. 72.

porque “cada cual utiliza según su interés ideológico o teórico un término para expresar contenidos éticos y políticos muy diversos y a veces contradictorios”¹⁰.

En esa misma línea argumental, López Calera afirma que con la comprometida discusión sobre el concepto “derechos humanos” estaríamos frente a uno de tantos cuestionamientos sometidos a la ideología de quien lo afirma o desmiente, por lo que el resultado final de esas deliberaciones depende, en muchas ocasiones, del color ético o político de quien realiza esa disertación o estudio.

No obstante, se ha de reconocer que frente a la amplia discusión respecto a la ambigüedad del concepto “derechos humanos”, hay cierta confluencia al respecto de lo que se considera los define ampliamente.

Así, gran parte de la doctrina acepta que se considere que los derechos humanos son facultades, libertades y reivindicaciones inherentes a cada persona, por el solo hecho de su condición humana. Se reconoce que son derechos inalienables e independientes de cualquier factor particular como la raza, la nacionalidad o el sexo. Son irrevocables, intransferibles e irrenunciables¹¹.

Tratando de acercarse a la luz de una conceptualización que aunque no general, si sea consensuada y consecuente con las diferentes visiones de los derechos humanos, el profesor Pérez Luño define una breve aproximación conceptual sobre los derechos humanos e indica que sería la que viene entendida como “un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana. Estas facultades son reconocidas positivamente”¹².

En este sentido, Martínez de Pisón engloba todos estos términos en un origen común, en los primeros momentos de las formulaciones filosóficas y en la práctica política del inicio de la modernidad y sugiere que están impregnados de los “presupuestos individualistas que en ella imperan”¹³.

Puede entonces afirmarse que estas variadas definiciones concluyen en unas características básicas o propiedades esenciales que definen lo que son derechos humanos y a su vez los diferencian de otro tipo de derechos. Estas propiedades esenciales que identifican a los derechos humanos son ampliamente reconocidas por la doctrina como caracteres básicos de los derechos humanos. Así, para el profesor Ara Pinilla, esas facultades a las que se hace referencia y que se le atribuyen al ser humano como facultades inherentes a su condición, “ya vienen reflejadas en el propio consenso social alcanzado a partir de la realización de las exigencias de liberación de los

¹⁰Ibídem, p. 72.

¹¹ORAÁ ORAA, J. y GOMEZ ISA, F. *La Declaración de los Derechos Humanos*, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 11.

¹²PÉREZ LUÑO, A.E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 46.

¹³MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. *Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad*, Egido, Zaragoza 1997, p. 9.

condicionamientos que puedan sufrir la formación y la expresión de la voluntad de los individuos”¹⁴. Con esto expresa el profesor Ara, que los derechos humanos como facultades atribuidas al individuo de forma inherente y que le son propias, son reconocidos ampliamente por la sociedad. Según el autor, los derechos humanos, así entendidos, buscan garantizar la actuación más libre posible del individuo respecto a alcanzar de forma independiente y sin condicionamientos las metas que se proponga.

La conceptualización misma de los derechos humanos, con sus características básicas y la definitiva asunción en el ámbito social en el que se desarrolla, pasaría por valorar la propia expresión utilizada para denominarlos. Se defiende así, que la forma correcta de denominarlos quizás debería ser “derechos naturales” puesto que la denominación “derechos humanos” tiene una base argumental que debe cumplir unas condiciones mínimas¹⁵. En este sentido, el profesor Peces-Barba afirma que la expresión derechos naturales debe recoger, de facto, varias condiciones elementales para que un grupo de derechos pueda ser llamado “derechos humanos”¹⁶. Se desprende por tanto, a tenor de sus palabras el necesario cumplimiento en los derechos naturales de todas y cada una de determinadas condiciones básicas exigidas para ser denominados derechos humanos. Precisamente por ello, la expresión derechos naturales viene defendida por Peces-Barba como utilizada para denominar a los derechos humanos cuando tienden a identificarse con los reconocidos por la tesis del iusnaturalismo¹⁷.

Pero, en torno a ello, autores, como Dworkin, interpretan que “la nomenclatura iusnaturalismo es una terminología anticuada, los modernos iusnaturalistas prefieren referirse a los derechos humanos como derechos morales”¹⁸. Aunque se ha de entender que el vocablo “derechos morales” referidos a los derechos humanos es utilizado principalmente en el ámbito anglosajón y que según esta concepción de los derechos humanos como derechos morales, estaríamos haciendo referencia a unos derechos previos al Estado como tal. En este sentido, los denominados derechos morales en representación de los derechos humanos incipientemente reconocidos, se podría afirmar que constituyen “verdaderos triunfos frente al poder vigente”, tal y como diría su principal impulsor Ronald Dworkin¹⁹. De hecho, afirma la prevalencia de los derechos humanos (entendidos como derechos morales) incluso sin que exista un Estado democrático o éste incumpliera las previsiones de tal calificativo, con lo viene a interpretar que “los derechos morales se pueden esgrimir incluso frente a un poder democrático que sobreviva frente a leyes y sentencias autoritarias”²⁰. Con lo cual, en esa

¹⁴ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 63.

¹⁵PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., p. 26.

¹⁶Ibídem, p. 26.

¹⁷ Ibídem, p. 25.

¹⁸DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1997, pp. 234- 275.

¹⁹Ibídem, pp. 270-275.

²⁰Ibídem, pp. 146-208.

misma línea, se entiende que los derechos morales son asimilables a derechos naturales en tanto en cuanto, permanecen intactos en su valor de protección del individuo ante actuaciones totalitarias, de forma que se podría recurrir a ese concreto valor moral aunque la ley no recoja ese derecho como valor jurídico²¹. Estas expresiones reflejan aquella idea de las reglas morales con arreglo a las cuales, éstas no se limitan a prescribir conductas, sino que además, constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos. Propiedad moral inmersa en los propios derechos naturales, a los cuales los individuos tienen pleno derecho por el simple hecho de ser seres humanos²². Defiende, por tanto Dworkin, que “esta concepción tiene rasgos muy parecidos a la de derecho natural, pero en su formulación no coincide necesariamente con sus postulados, pues a pesar de reconocer la existencia de unos derechos naturales, éstos los identifican en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotético”²³.

Así, estima el profesor Peces-Barba que “la diferencia entre quienes pregonan una concepción de derecho natural y otra de derecho moral está en que la concepción del derecho natural entraña una dimensión jurídica mientras que la de los derechos morales es más bien un concepto con base moral al que se añade un componente jurídico”²⁴.

Desde este prisma, la concepción de derechos morales busca, según algunos doctrinarios, rechazar el positivismo ideológico y la reducción de los derechos a aquellos creados de manera exclusiva por el poder²⁵. Visto de esta forma, los derechos morales tratarían de contrarrestar la imposición por el poder vigente derechos que serían dados de forma limitada y con ideales o intereses específicos, sin tener en cuenta determinados valores universales. Sin embargo, esta concepción neo-iusnaturalista de los derechos morales ha sufrido algunas críticas razonables. Resulta destacable lo defendido por el profesor Peces-Barba cuando discrepa sobre estas aseveraciones de Dworkin y basa su crítica en que por esta vía, sería muy difícil acabar o debilitar el positivismo ideológico. Afirma, en este sentido Peces Barba, que se limita el reconocimiento exclusivo de derechos sólo por el Estado de acuerdo con sus particulares intereses o de las mayorías en un momento determinado. Esto se contrarrestaría con una conexión necesaria entre el Derecho Constitucional y la Teoría ética²⁶.

O lo que sería lo mismo, una concepción moral de los derechos humanos estaría consecuente ligada a la arbitraria concepción que en ese momento la sociedad, la política o el Estado y sus facultades e intereses discrecionales, quiera darle a esos valores inherentes del sujeto. Trasladando al positivismo ideológico la carga de la prueba de

²¹CRUZ REYES, E. “Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución”, en *Revista Criterio Jurídico Garantista*, Año 2, Número 2, Madrid, 2010, p. 68.

²²Ibídem, p. 68.

²³DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, cit., pp. 209-23.

²⁴PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 34-35.

²⁵Ibídem, pp. 34-35.

²⁶CRUZ REYES, E. “Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución”, cit., p. 69.

valor de ese derecho. Además de generar alejamiento entre lo que debe tener una vinculación cercana por razones evidentes, entre el Derecho Constitucional y la Teoría ética.

Otra designación para el término “derechos humanos” sería la nomenclatura más moderna como “derechos públicos subjetivos”, que resulta para algunos autores, inadecuada para su uso general, pues entienden que a pesar de ser un término mucho más moderno y técnico, su empleo se refiere más a la cultura jurídica interna de un país²⁷.

Expresa en este sentido, Peces-Barba que lo que realmente se realiza es, “describir aquella cultura que se produce entre los operadores jurídicos. Así parece entenderse desde el planteamiento realizado en el seno de la escuela alemana de derecho en el siglo XIX”²⁸. Es más, se afirma por parte de la doctrina jurídica que la expresión “derechos públicos subjetivos” se ha de referir a la versión positivista de los derechos naturales.

Otros autores, como Pérez Luño indican que “la propia expresión derechos públicos subjetivos conlleva un sentido particular como norma positiva frente al estado. Pero no parece respetar el sentido generalista o universal que los derechos naturales tienen ante el otro individuo. La misma idea del término derechos públicos subjetivos refleja un límite al poder estatal pero, no parece tener la misma fuerza frente a iguales, frente a otros ciudadanos o particulares”²⁹. Por ello, defiende el profesor Pérez Luño, la denominación “derechos públicos subjetivos” referida a un conjunto de derechos que marcan un límite al poder estatal, al igual que lo son los derechos humanos en general y los derechos naturales en particular, no significan un límite para el resto de individuos respecto del valor individual y universal que los derechos humanos conllevan.

Calificando en este sentido, “la propia concepción de la expresión derechos públicos subjetivos como pseudocategoría que se ha adaptado al normal funcionamiento de un tipo de Estado: el Estado liberal. Y que también se adapta o ajusta a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo. Es la concepción defendida por algunos autores de los derechos-crédito³⁰ frente al poder”³¹.

Esto tiene como respuesta lógica que los derechos públicos subjetivos se incardinarian en esa subcategoría de los derechos humanos que se aplican o reconocen en un prototipo de Estado determinado, que no sería otro que el denominado Estado

²⁷PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., p. 27.

²⁸Ibídem, p. 27.

²⁹PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999. p. 33.

³⁰Con esta expresión se hace referencia a una categoría especial de derechos del hombre o derechos fundamentales que se diferencian de los anteriores por su modo de ejercicio y también por su finalidad y contenido. Su rasgo es que otorgan el poder de exigir prestaciones positivas de modo que su titular puede exigir al Estado o a otros el cumplimiento de determinadas obligaciones. Tienen por objeto, por tanto, concretas prestaciones de bienes o servicios.

³¹PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 33.

liberal. En el modelo estatal al que hacemos referencia, son los propios ciudadanos titulares de los derechos que reconoce y salvaguarda el Estado.

En cuanto a la concepción libertades públicas, resulta destacable como otro término al que da cabida la conceptualización de los derechos humanos. En este sentido, resulta relevante por ser un término nacido de la doctrina francesa, que recoge una dimensión positiva de los derechos naturales³².

Con el término libertades públicas se reconoce a aquellos derechos humanos que son catalogados como predominantes del ciudadano frente al poder vigente. Actualmente, se reconoce con esta nomenclatura a aquellos derechos humanos que trasladados a las constituciones políticas de los Estados, adquieren fuerza y rango normativo de especial relevancia, sin llegar a alcanzar la potencia o excelencia que se les asigna a los derechos humanos que se insertan como derechos fundamentales.

Fioravanti ve en la noción libertades públicas una derivación de una idea ligada al concepto de privilegios, entendidos como libertades del ciudadano ante el Estado. Con esos privilegios, el ciudadano puede reaccionar frente al Estado que lo somete. Comienza a utilizarse en los primeros textos modernos y se ha extendido hasta nuestros tiempos. Esta denominación ha ido incorporándose a los derechos recogidos en las constituciones modernas, diferenciándose así por un lado los derechos fundamentales y por otro las libertades públicas³³.

La utilización de la expresión libertades públicas puede decirse que fue equivalente a “privilegios” en un momento histórico. Estando ligada al reconocimiento de derechos corporativos a ciertos gremios o estamentos sociales, de interés para el Estado en ese momento. Por tanto constituían privilegios reconocidos por el Estado a esos grupos en exclusiva, frente al resto de la sociedad³⁴.

Como puede apreciarse, el concepto “derechos humanos” ha recorrido tanto un arduo camino semántico como de otras índoles, no solo a través de la historia, sino como fuente de numerosa doctrina. Con ello, pareciera que la pretensión interpretativa buscaba alcanzar una meta definitiva, infundirle la conceptualización precisa que pudiera ser refrendo de un determinado ideal filosófico.

Pues, según la tesis de Norberto Bobbio, no es que no quepa la posibilidad de encontrar el fundamento mismo de los derechos humanos, sino que en el fondo de su interpretación, subyace la incertidumbre de que ese fundamento que se encuentre sirva realmente para provocar la mayor y más eficaz implantación de los derechos humanos de forma real y constante.

³²FIORAVANTI, M. *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones* (traducción de Manuel Martínez Neira), Trotta, Madrid, 2000, pp. 55 -75.

³³Ibídem, pp. 55 -75.

³⁴PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., p. 29.

Para Norberto Bobbio no hay posibilidad de dar un concepto uniforme del término “derechos humanos” y de facto afirma “la imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos y alega para ello cuatro razones. Primera, la ausencia de un concepto inequívoco y claro de los mismos; segunda, su variabilidad en el tiempo; tercera, su heterogeneidad; y cuarta, las antinomias y conflictos que existen entre distintos derechos, como entre los civiles y políticos, por un lado, los sociales y culturales, por otro”³⁵. En la realidad doctrinal actual el concepto “derechos humanos” sigue siendo extremadamente ambiguo y acoge en su seno innumerables determinaciones o nomenclaturas, que se usan de forma cotidiana en múltiples ámbitos y de forma indistinta al resto de derechos, cayendo por ello, muchas veces, en contradicciones sobre el propio valor que la sociedad da a los derechos humanos. Por todo ello, puede afirmarse que tiene razón López Calera cuando dice que “la propia estructuración histórica (conceptual y real) de los derechos humanos pone de relieve un complejo de afirmaciones y negaciones, de alternativas diversas y contradictorias, de carácter ético, político y jurídico. Se debe reconocer, pues, que no hay una historia lineal de los derechos humanos, sino una historia de contradicciones”. Hágase lo que se haga, piénsese lo que se piense, el mundo de los derechos humanos es un lugar lleno de contradicciones. Parece como si cualquier concepto o realización de los derechos humanos tropezara con contradicciones insalvables y constitutivas, cualquiera que sea el sentido que se quiera dar al concepto o a la realidad que se denomina “derechos humanos”³⁶.

Defiende a tal respecto que la ambigüedad del término “derechos humanos”, se estructura o reconoce desde su propia síntesis histórica, pues el ser humano cambia, se modifican los órdenes políticos, se generan nuevas disyuntivas ético-morales y así se configura un escenario cambiante que hace que no se concluya nunca en la exacta definición de lo que son los derechos humanos.

Recoge el profesor Martínez de Pisón una explicación más próxima a la racionalidad que a la espiritualidad del propio término “derechos humanos”, concretando en normativa internacional lo que realmente se debe considerar como un derecho humano con estas palabras “dentro del concepto de derechos humanos o derechos del hombre se reunirían todo el catálogo de derechos recogidos en las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales en la medida que representan exigencias morales que se han ido destilando con el paso de los siglos y que reflejan ciertas necesidades de los hombres que hay que cubrir para que lleven una vida digna”³⁷.

Es indudable que resulta arduo y complejo definir y conceptualizar los derechos humanos. Pues incluso teóricos del derecho defienden que para empezar por algún punto

³⁵Ibídem, p. 61.

³⁶LÓPEZ CALERA, N.M. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, cit., p. 73.

³⁷MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, cit., p. 11.

concreto a tratar de conceptualizar los derechos humanos, hay que empezar por “vocalizarlos”, esto es, ver cómo y en qué terminología son nombrados y reconocidos.

Defiende en ese sentido, el profesor Martínez de Pisón esa idea, no sin antes “señalar que es preciso advertir de antemano que “derechos humanos” es un término persuasivo, muchas veces utilizado para convencer y no para describir, y del que frecuentemente se abusa”³⁸.

En este sentido, se ha tener en cuenta que el lenguaje permite su vocalización vinculada a una voluntad precisa, de forma que cabe que se esté representando una supuesta voluntad de implantación de los derechos humanos, cuando lo que se pretenda es una manipulación silenciosa de la voluntad del individuo.

Sin entrar a este tipo de enfrentamientos posturales, frente a quien estipula un uso operado o transmutado del concepto mismo de los derechos humanos, y en base a las afirmaciones del profesor Martínez de Pisón, en este preciso punto, habría que añadir que eso mismo puede que suceda con la mayor parte de las expresiones usadas por los humanos, que no obstante, a tener una significación plausible, es tergiversada y manipulada de forma ostentosa por quien quiere influir en la voluntad del prójimo.

Aunque justo es decir, tal y como defiende Ara Pinilla que “paralelamente, esta sustantivación de los derechos humanos ha comportado la correspondiente cuestión acerca del lenguaje que los expresa, sin que tampoco haya faltado quien ha señalado que aquéllos provocan, sin más, una descomposición del lenguaje del Derecho”³⁹.

Precisamente, Ara Pinilla, afirma en este sentido que “un análisis, que quiera ser preciso de su significado, deberá delimitar con cautela sus marcos de actuación, diferenciando con claridad el campo ideológico del jurídico. Semejante distinción no pretende, sin embargo, enunciar dos compartimentos estancos que nunca puedan llegar a confluir. Muy por el contrario, considerará al propio concepto de lo jurídico como un concepto ideológico, fruto de la síntesis de las diferentes ideologías subyacentes en las comunidades humanas que encuentra su expresión una vez que sus miembros dilucidan cuál es la ideología prevalente”⁴⁰.

Se expresa de esta forma cómo, el uso actual de la terminología “derechos humanos”, salvando su uso en determinados ámbitos académicos, discusivos o doctrinales, se reduce a contextos bien definidos. Pues generalmente y de forma amplia y extensa se vincula al ámbito ético y normativo del desarrollo del propio Derecho Internacional.

³⁸Ibídem, p. 16.

³⁹ARA PINILLA, I. “La semántica de los derechos humanos”, en *Revistes catalanes ambaccés obert*, Volumen 16, Barcelona, 1987, p. 11.

⁴⁰ARA PINILLA, I. “La semántica de los derechos humanos”, cit., p. 12.

Pero, incluso teniendo esta cuestión presente, lo que no se discute es que el valor de los derechos humanos como derecho inherente al ser humano, ni que pierda un ápice de su fuerza como derecho natural del individuo, sea cual fuere el concepto con el que se denomine o tendencia doctrinal que lo conceptualice. Así, los derechos humanos, de forma definitiva y sin más ambages, podemos decir que permiten al individuo tener acción frente al Estado, frente a otros Estados y de igual manera, frente a otros individuos que vulneran los derechos que le son inherentes.

Tal y como nos recuerda la experiencia, lo que no parece discutido tampoco, es que la capacidad de acción de los derechos humanos, en ocasiones, se condiciona a su integración internacional. Pero con esa idea presente, se ha de considerar también, que los derechos humanos no deben su existencia al reconocimiento externo de los mismos, sino a su registrada racionalidad intrínseca.

Con esto, se explica que el individuo pueda accionar frente a agresiones o vulneraciones del Estado y que el Estado reciba automáticamente la posición de sujeto pasivo de esa obligación, estén o no positivizados normativamente esos derechos de acción del sujeto activo.

No cabe duda que los derechos humanos son adquiridos por el individuo con su nacimiento como ser humano y podríamos afirmar que de forma instintiva. Por lo tanto, el ser humano nace con ese derecho de acción, esa defensa intrínseca que le es propia e inmanente y que por ello, no necesita de más condicionamientos ni medios para hacerla efectiva.

Muy acertadamente, Escobar defiende que sin embargo, no hay que confundir los derechos humanos con las garantías para protegerlos. La ausencia de dichas garantías no implica la ausencia de derechos humanos, como demandas que son, conservan su vigencia independientemente de su reconocimiento fáctico por parte de un determinado ordenamiento positivo. Las demandas no contenidas en las normas jurídicas o las contenidas en ellas pero careciendo de las garantías necesarias para lograr su efectividad, son derechos humanos, siempre que como es obvio, cumplan el resto de los elementos de la definición propia de los derechos humanos⁴¹.

En definitiva, hemos de concluir reconociendo que la ambigüedad del concepto “derechos humanos” ha obligado a andar un camino de disquisiciones y búsquedas, de enfoques varios y de elocuentes discursos doctrinales, que desde el punto científico y académico, han colaborado a generar un ambiente de cuestionamientos que obligan a mantener actualizado el debate sobre el conocimiento de los derechos humanos y que traslada a la cultura intelectual una más que interesante visión del estudio sobre los derechos humanos.

⁴¹Ibídem, p. 18.

4. Fundamentación de los derechos humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos

La búsqueda sobre la conceptualización de los derechos humanos, tiene como objeto encontrar una explicación racional a la existencia de esos derechos. El concepto de los derechos humanos, va íntimamente relacionado con lo que consideremos como su fundamento, ya que de ese propio concepto que manejemos de derechos humanos dependerá la fundamentación que aceptemos⁴².

En una reflexión acerca de la naturaleza conceptual de los derechos humanos, se observa la nula claridad con que se conceptualiza su significado y por ende, su fundamento básico. En este sentido, tal como hemos visto, afirma Escalona que “la expresión derechos humanos es de utilización generalizada, pero aparece relacionada con otras expresiones, como derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales, derechos fundamentales, que designan la misma realidad o realidades próximas. Dichas expresiones surgen dentro de un contexto histórico, unidas a determinadas conexiones culturales y son tributarias de ideologías, intereses y concepciones filosóficas de fondo”⁴³.

Y es que querer fundamentar el concepto de los derechos humanos, derivado de su inclusión en normativa jurídica internacional es quitarle un poco de su vestimenta natural y dejarlos al libre desarrollo positivista internacional.

Por eso, se ha de aclarar esta disquisición aplicando la explicación que García Huidobro nos ofrece cuando afirma que “cuando decimos “derechos humanos” los estamos distinguiendo de los derechos positivos, es decir, de aquellos derechos que tenemos porque el Estado o la comunidad nos los han asignado, normalmente a través de la ley o la costumbre. Pero lo dicho no significa que los derechos humanos no puedan o deban ser positivizados”⁴⁴. Y qué duda cabe el valor intrínseco e innato de los derechos humanos, como indica el mismo García Huidobro, y al respecto de su positivación afirma que “desde el siglo XVIII se ha intentado hacerlo en distintos documentos, pero todo ellos recalcan la idea de que se trata de derechos innatos, cuya existencia es anterior a los documentos e incluso al Estado mismo”⁴⁵. Entrando así en una dinámica de no identificación de los derechos humanos con derechos positivos, manteniendo el mismo

⁴²MORENO LUCE, M.S. “El fundamento de los Derechos Humanos”, en Revista *Letras Jurídicas*, Volumen 15, México, 2007, p. 2.

⁴³ESCALONA, G. “La naturaleza de los derechos humanos”, en AAVV, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004, p. 134.

⁴⁴GARCÍA HUIDOBRO, J. “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”, en AAVV, *Problemas actuales sobre derechos humanos*, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000, pp. 109 y ss.

⁴⁵Ibídem, p. 133.

antagonismo existente entre iusnaturalismo y positivismo en cuanto a su establecimiento en textos escritos.

Por otro lado, según Martínez de Pisón, “al estar especificados en textos internacionales que comprometen a los Estados, carecerían de las vaguedades e indefiniciones que puede caracterizar a un principio moral. Los textos internacionales son el soporte material de esos derechos y, por tanto, un referente bien explicitado de lo que debe entenderse por cada uno. De hecho, en verdad, no son sino la concreción de esos principios, sólo que gozarían del apoyo de los instrumentos políticos y jurídicos del Derecho Internacional. Además, serían el resultado del esfuerzo realizado por las naciones para alcanzar un consenso sobre ellos y un compromiso de que deben regir sus relaciones”⁴⁶. Siguiendo este hilo argumental que nos presenta Martínez de Pisón, puede determinarse que solo los derechos humanos que hayan sido refrendados en textos de cierta relevancia jurídica e internacional recogen de facto la realidad de los derechos humanos, su sentido más singular y específico en su aplicación y el consenso de los Estados firmantes que se obligan por ello.

No obstante a ello, hasta que se ha llegado a este punto y seguramente por ese intenso recorrido, se ha de postular que la conceptualización de los derechos humanos ha ido realizando una indudable, compleja y dificultosa labor que se ha cristalizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en normas internacionales de calado desigual, pero con un marcado carácter de refrendo de los derechos naturales del hombre.

Derivado de su inserción en ese tipo de instrumentos normativos, los derechos humanos han ido confluyendo e integrándose en las conciencias de las naciones del entorno europeo y americano de forma extensa. Toda vez su internacionalización se generalice, se ha de prever su establecimiento colectivo en el resto de las naciones, constituyéndose entonces en verdadera norma global.

Así, autores como Bobbio, defienden que “el problema de los derechos humanos se han convertido de nacional a internacional y ha implicado por primera vez en la historia, a todo el mundo”⁴⁷. Teniendo en cuenta que Bobbio ante la tesitura de definir el concepto derechos humanos y sus numerosas interpretaciones, optó por expresar su pensamiento de que con la inclusión de los derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha acertado notablemente el camino hacia la definición del fundamento mismo de los derechos humanos⁴⁸. Resulta del todo destacable como Bobbio basa su teoría de pensar en plural cuando del propio fundamento de los derechos humanos se esté hablando, pues insiste en que lo verdaderamente importante, en lo que sí se debe poner una única versión y esfuerzo es

⁴⁶MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, cit., p. 11.

⁴⁷ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 61.

⁴⁸Ibídem, p. 61.

en la protección jurídica que los derechos humanos han adquirido al incorporarse a un texto de Derecho Internacional como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴⁹.

En definitiva, se reconoce con ello que los derechos humanos son interiorizados por los individuos, se insertan en la mentalidad y en la cultura de la sociedad y así se aplican a su respeto y protección. Haciendo con ello, de los derechos humanos un valor de exigencia frente al Estado o el poder vigente, de manera que cuando son positivizados adquiere un quórum sistemático necesario, pero no por ello, constitutivo.

De forma lenta y paulatina y a lo largo de la historia los derechos humanos, han sido positivizados a través de los distintos instrumentos legales internacionales, adquiriendo así un rango normativo que ha colaborado intensamente a la trascendencia de los derechos humanos de la esfera interna del Estado al ámbito supraestatal.

Una vez reconocidos mediante estos instrumentos jurídicos, los derechos humanos amplían y trasladan su acción a órbitas superiores.

Así mismo, podría decirse que el establecimiento de los derechos humanos pasa de la esfera espiritual al plano supranacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues con ello, su innegable búsqueda de la universalidad y perpetuidad, se amplía a ámbitos superiores y de esta forma, escala de manera exponencial el inicial enfoque.

Precisamente por ello, con esta concepción auténtica de los derechos humanos se observa como “el paso de una cuestión de la esfera doméstica a la internacional se hace en virtud de la existencia de un tratado u otra norma de Derecho Internacional que impone una obligación a un Estado”⁵⁰.

Defiende el profesor Jiménez, en este sentido, que como sucede con otros asuntos, los derechos humanos han pasado de su esfera interna (doméstica) a una superior (internacional) mediante Tratados o normas de Derechos Internacional que los garantizan frente al poder del Estado. Pero no por ello, cesa la exigencia de cumplimiento de los derechos humanos cuando éstos amplían su ámbito a nivel supranacional. Lo que más bien sucede es lo contrario, que de esta forma, nace una ‘obligatio’ impuesta mediante Acuerdos y Tratados Internacionales que se proyecta en la actualidad a un mayor número de ámbitos y comunidades.

En este sentido, son muchos los autores que afirman la importancia de la implantación de los derechos humanos a través del conocimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así lo formulan Oraá y Gómez cuando defienden que “en la Declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra el germen de todos

⁴⁹Ibidem, pp. 62-65.

⁵⁰JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958, p. 108.

los desarrollos que se han producido posteriormente en torno a los derechos humanos”⁵¹. La opinión de los profesores Oraá y Gómez, es que ha sido la propia Declaración Universal de Derechos Humanos la que ha producido paulatinamente un enriquecimiento de la cultura jurídica de las naciones en materia de derechos humanos.

Precisamente por ello, se considera que el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el abono de cada normativa estatal en materia de derechos humanos. El papel fundamentalmente básico de los derechos humanos ha traspasado la propia letra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se inserta, de forma indubitada, en la normativa interna de los Estados. Por ello, se puede afirmar que ese reconocimiento otorga fuerza moral a la normativa jurídica. En este sentido, se desprende que acompaña a las leyes que desarrollan los derechos humanos, resultando presente en todos y cada uno de los pasos que se dan hasta constituirse en verdadera norma vinculante.

La esfera propia del individuo-ciudadano se amplía con los derechos humanos. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos se establecen derechos que exigen a la comunidad internacional un quórum de cumplimiento de los derechos a las individualidades colectivas de los pueblos y a la de cada individuo que la conforma. Los pueblos son reconocidos como entes únicos. Constituyen un individuo de derecho, formado por más de un sujeto que multiplica su derecho a exigir. Plantea, en este sentido, Norberto Bobbio en su obra *Presente y porvenir de los derechos humanos*⁵², que el problema de la fundamentación de los derechos humanos se ha resuelto desde el momento en que se logró el consenso que otorga validez a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵³.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye “en la segunda mitad del siglo XX, la creación de un consenso más o menos generalizado entre gran parte de las naciones actuales, vía sus representantes, para asumir un compromiso de ecuaciones nominales mínimas que todo Estado tendría que respetar teóricamente a sus gobernados y a toda persona humana que se encuentre dentro de su territorio jurisdiccional. Con tal documento internacional se ha logrado gestar una vinculación moral, pero no estrictamente jurídica”⁵⁴. La idea que se reconoce con carácter general se muestra de acuerdo en defender que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un triunfo que debe proyectarse sobre todas las personas y las sociedades civiles.

⁵¹ORAÁ ORAA, J. y GÓMEZ ISA, F. *La declaración de los derechos humanos*, cit., p. 144.

⁵²BOBBIO, N. “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *Tiempo de los Derechos*, citado por PEREZ LUÑO, A. E.; *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 131.

⁵³MORENO LUCE, M.S. “El fundamento de los Derechos Humanos”, cit., p.2.

⁵⁴PÉREZ RIVAS, D.A. *De derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes*, Fundación Universitaria Andalu, Madrid, 2013, p. 6.

Destaca en este sentido el pensamiento de Rivas cuando afirma que con la internacionalización de los derechos fundamentales se abre una nueva discusión “que se considera la posibilidad de la existencia de un cierto derecho natural con sus respectivas limitaciones”, aunque “no hay que olvidar, sin embargo, que dicha reflexión está acompañada por algunos procesos de integración en el sistema-financiero mundo y en el sistema-económico-monetario regional. La consolidación de dichas instituciones económicas ha acompañado la formación de acuerdos mínimos en torno a los derechos de la persona humana”⁵⁵.

Desde sus inicios, la proclama de la Declaración de los Derechos Humanos tuvo una inquietud importante en su seno, que se proyecta en la actualidad como un valor lo más neutral posible con respecto a ideologías y condicionamientos. Siendo fácil interpretar como lo hiciera el profesor Ester, que el objetivo declarado de los Derechos Humanos se encuentra que “la realización de estos derechos es inaplazable para el individuo... la conciencia que puedan tener como ejercientes sin cortapisas de los derechos cuya titularidad les corresponde por su participación de una común naturaleza con los demás individuos”⁵⁶.

Así, con la convicción de que la propia elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha adquirido carta de naturaleza⁵⁷ como norma objetiva y neutral respecto de la justificación de los derechos humanos, partiendo de la consideración de lo contenido en el Preámbulo. En el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se constata que con su nacimiento se tenía la sana intención de configurarla como principal acicate de la implantación, a nivel global, de los derechos naturales del hombre.

Así, vemos en el texto del primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁵⁸.

⁵⁵Ibídem, p. 57.

⁵⁶ ESTER SÁNCHEZ, A.T. “Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante”, *Revista de Derecho*, UNED, número 17, Madrid, 2015, p. 687.

⁵⁷No debemos olvidar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) no es el único documento internacional que promueve una visión específica de esos derechos, aunque por antonomasia casi todos los estudios se refieren a aquella como única fuente. Existen normas de similar esfuerzo en otras zonas del mundo, véase en la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950, el Tratado de Niza, o, incluso, la Carta Árabe de Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otras. Véase PÉREZ RIVAS, D.A. *De derecho: humanos, naturales, fundamentales y de gentes* cit., p. 118; también NEBRERA, M. “De Europa y de la Paz en Europa”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Número 106, Madrid, 1999, pp. 161-178 y por supuesto, véase FRANCA, M. “Historia y razón del paradigma westfaliano”, en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Número 131, enero-marzo, Madrid, 2006, pp. 87-111.

⁵⁸Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); Resolución 217 A (III), 10 de diciembre de 1948, Asamblea General de las Naciones Unidas, París, Preámbulo, párrafo primero.

No cabe duda que el inicio del Preámbulo abre una eficaz definición de la base filosófica que inspira la Declaración Universal de los Derechos Humanos, encabezando esa definición con los valores de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce como base de esos derechos, la propia dignidad del individuo. En este momento, se les asigna parte de los caracteres básicos de los derechos humanos, su carácter igualitario (universal) y su carácter de inalienables (exclusivos) de los seres humanos.

En el segundo párrafo del Preámbulo, se desprende cómo el órgano constituyente de la Carta advierte de la situación que ha llevado a la humanidad a guerras y litigios. Situaciones que sin lugar a dudas han dañado la conciencia de la humanidad indefectiblemente. Para posteriormente, mostrar que solo mediante la libertad de palabra y de creencias se puede pensar en que no vuelvan a darse situaciones tan devastadoras que atentan contra los derechos inalienables de la persona. En este sentido, este segundo párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”⁵⁹. (El concepto actos de barbarie ultrajante para la conciencia humana, suponemos viene referido a la Segunda Guerra mundial)⁶⁰.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos califica de esencial, la protección misma de los derechos humanos, con el fin superior de impedir guerras y levantamientos en conflictos en pro de la defensa contra los abusos del poder, según el siguiente ítem, “considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”⁶¹.

Esta idea responde al poder político, el único que puede presionar de forma tiránica y opresora al pueblo y obligarlo a rebelarse. Así como, la intención final de mantener la paz entre las naciones, mediante relaciones diplomáticas de amistad y así lo expresa el párrafo quinto del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos

⁵⁹Ibídem, Preámbulo, párrafo segundo.

⁶⁰Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la [Carta de las Naciones Unidas](#) con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento. Esa Carta de las Naciones Unidas sería la base de la posterior Declaración Universal de los derechos humanos. (Página web oficial de la Organización de las Naciones Unidas).

⁶¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); cit., Preámbulo, párrafo tercero.

Humanos, “considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones”⁶².

Resulta destacable, en este sentido, la firme creencia de la ONU⁶³ en que los derechos del hombre promueven el progreso de las naciones y de sus ciudadanos, en un contexto de libertad, amén de la necesidad de respetar la esencia de la dignidad de sus ciudadanos, en pro de la paz social según se recoge, “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”⁶⁴.

Se confirma pues, el interés de los Estados en vincularse con el único objetivo de cumplir y garantizar esos derechos y libertades que la carta de derechos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en su virtud, recoge que “considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”⁶⁵.

Es en este último párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se establece la creación de la Carta como un innegable proyecto común de los Estados firmantes. Por tanto, “considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso”⁶⁶, basta con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico interno.

Como puede apreciarse, la conceptualización misma de los derechos humanos en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos refleja en principio el ámbito interno del individuo (dignidad intrínseca), el ámbito generalista de los derechos humanos (universales y generales), el ámbito personal y exclusivo del sujeto (inalienables), y por último, un contenido que podríamos definir como un fundamento filosófico (basado en la libertad, la justicia y la igualdad).

⁶²Ibídem, Preámbulo, párrafo cuatro.

⁶³Organización de las Naciones Unidas.

⁶⁴Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); cit., Preámbulo, párrafo quinto.

⁶⁵Ibídem, Preámbulo, párrafo sexto.

⁶⁶Ibídem, Preámbulo, párrafo séptimo.

5. Clasificación de los derechos humanos en la fundamentación del derecho

Atendiendo al criterio de su progresivo reconocimiento, la clasificación más comúnmente conocida con respecto a los derechos humanos es la que distingue varias generaciones.

Esta clasificación de derechos humanos, fue una idea inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos⁶⁷.

Existen varios sistemas de clasificación de los derechos humanos. Tomando los diferentes enfoques posibles se pueden observar otras tantas clasificaciones. Doctrinalmente se habla del enfoque historicista y el enfoque jerárquico⁶⁸. En el caso del enfoque historicista, se muestra en su clasificación la protección progresiva de los derechos humanos a través de la historia, mientras que el enfoque basado en la jerarquía, distingue entre los derechos esenciales y los derechos complementarios.

Desde el punto de vista cronológico, la conocida como clasificación histórica, apunta Eusebio Fernández, “relaciona el carácter historicista de los derechos humanos con los diferentes derechos que ahora existen”⁶⁹.

Por lo que a decir de Eusebio Fernández, la clasificación histórica de los derechos humanos, los ordena paulatinamente a través del acontecer de la historia, tal y como han sido reconocidos normativamente. Pero, otros autores dan además a esas agrupaciones de derechos en generaciones históricamente definidas, un sentido organizado basado en ideas filosóficas.

Así y según el profesor Martínez de Pisón, “los derechos humanos se agrupan no sólo atendiendo a las circunstancias históricas, sino que además, junto a este aspecto y ya sea por razones históricas o por otros motivos, se pretende que en estas categorías se incluya aquéllos derechos que se inspiran en valores relevantes para la filosofía de los derechos del hombre”⁷⁰.

En la misma línea, y matizando más aún si cabe, el sentido organizativo de los derechos humanos en la llamada clasificación por generaciones, el profesor Fernández, explica que las etapas sobre la evolución de los derechos humanos han estado marcadas

⁶⁷VASAK, K. “Derechos humanos: una lucha de treinta años: el esfuerzo sostenido para dar fuerza de ley a la Declaración Universal de los derechos humanos”, Discurso del 30 de Noviembre en la Sede de la UNESCO, París, 1977.

⁶⁸CASTRO CID, B. “La clasificación de los derechos”, en AAVV, *Introducción al estudio de los derechos humanos*, Universitas, Madrid, 2003, pp. 245-247.

⁶⁹FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, cit., pp. 75-112.

⁷⁰MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. *Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad*, cit., p. 155.

con el papel específico que le ha correspondido en cada una de ellas al Estado. “De comenzar siendo en sus orígenes un concepto político que engloba una serie de libertades frente al Estado, pasar a un reconocimiento de derechos cívico-políticos que se ejercen en el seno del Estado, para posteriormente seguir con la aparición de los derechos económicos-sociales y culturales como categoría de derechos humanos distinta a las otras dos anteriores. Es en esta última etapa, donde el Estado actúa como promotor y garante del bienestar económico y social, y corresponde al Estado social de Derechos”⁷¹.

No obstante, el profesor Castro Cid, intuye la capacidad de los derechos de fluir entre clasificaciones y la supuesta utilidad de clasificarlos. Evidencia, en este sentido, cómo no influyen en la categorización de los derechos humanos, la asignación a una u otra clasificación o sistema de separación por tipologías, pues siguen teniendo un valor que coadyuva a su fin último, la dignidad del ser humano. Así lo expresa Castro Cid cuando dice que “los estudiosos de los derechos humanos formulan casi siempre algún tipo de clasificación, lo que avala sin duda la tesis de la utilidad de ésta. Pero no puede perderse de vista que el valor de la tipología que termine estableciéndose en cada caso será siempre muy relativo”⁷².

Defiende, sin duda alguna, el profesor Castro Cid las razones primordiales de esa afirmación cuando dice, “en primer lugar, porque el elenco de los derechos clasificados tiene siempre carácter provisional, dado que la incesante transformación de la conciencia ética de la humanidad lo está sometiendo a un constante proceso de revisión en un doble sentido. De un lado, porque va ampliando su radio de acción e integrando en el mismo, nuevas necesidades o exigencias que eleva al rango de derechos fundamentales de la persona. De otro, porque puede llegar a debilitar o a eliminar algunos de los derechos que en el pasado habían sido considerados como sagrados e imprescriptibles, tal como está ocurriendo en la actualidad con el tradicional derecho de propiedad”⁷³.

En definitiva, lo que intenta el profesor Castro Cid es defender específicamente “el valor de las clasificaciones es siempre relativo porque la mayor parte de los derechos, no sólo tiene unas raíces comunes y unos contenidos parcialmente coincidentes, sino que presenta también múltiples dimensiones, de tal modo que cualquier derecho terminará desbordando en alguna medida y desde algún punto de vista los límites de la particular categoría en que se lo haya encasillado, entrando también al mismo tiempo en otro u otros de los compartimentos establecidos”⁷⁴.

Subraya así, cuán banal resulta la idea clasificatoria de los derechos humanos cuando se visualiza en la distancia del tiempo, pues como casi todo, adquiere un nuevo

⁷¹Ibíd., p. 95.

⁷²Ibíd., p. 95.

⁷³CASTRO CID, B. “La clasificación de los derechos”, cit., p. 244.

⁷⁴Ibíd., p. 244.

significado que puede incluso, llegar a modificar o alterar parcialmente el encasillamiento inicial efectuado para un tipo u otro de derecho⁷⁵.

Realmente, las clasificaciones son útiles en materia doctrinal a los simples efectos de su estudio y transmisión docente. En lo que a la vía de aplicación fáctica a la realidad cotidiana, coinciden numerosos autores en que resultan del todo innegablemente innecesarias. La aplicación real de los derechos humanos en la cotidianidad y en la normativa aplicada no sigue, como podemos apreciar, clasificación básica alguna. En ese mismo sentido, y como recuerda Castro Cid, “la clasificación de los derechos es siempre un instrumento de sistematización doctrinal no un mecanismo de proclamación o garantía”⁷⁶.

Los llamados derechos de primera generación surgen normativamente tras la Revolución Francesa como rebelión contra el absolutismo⁷⁷. Se sitúa en los llamados derechos civiles y políticos. El Estado es el sujeto pasivo y el hombre como ciudadano, es el sujeto activo. El tripartito que configura al hombre-ciudadano-individuo, exige al Estado que respete sus derechos a la vida, la libertad, la igualdad, entre otros.

Las distintas generaciones de derechos humanos comprenden cada uno de los pasos que se han dado para incorporar, paulatinamente, derechos que han de ser reconocidos por los Estados, frente al individuo y frente a los pueblos.

Así, los derechos humanos de primera generación recogen los derechos civiles y políticos. En ellos, se desgrana una serie de exigencias que empoderan al ciudadano frente al Estado en defensa de valores como la vida, la libertad (ampliamente entendida), la seguridad, la igualdad, la salud y la dignidad.

Son los primeros derechos que fueron consagrados en los ordenamientos jurídicos internos. Están destinados a la protección del ser humano individualmente considerado, contra cualquier agresión de algún organismo público. Constituyen límites al poder estatal, imponen al Estado el deber de abstenerse de interferir en el ejercicio y pleno goce de estos derechos por parte del ser humano.

En este sentido, el profesor Ara Pinilla indica que tras ser recogidos en normativa legal ciertamente vinculante “los derechos humanos pasaron de ser derechos con una enorme potencia transformadora de la realidad y de la sociedad a positivarse en reglas jurídicas y a cosificarse en instrumentos de garantía y de protección. Pasaron de ser un elemento de transformación para convertirse en procedimientos de abstención y garantía”⁷⁸.

⁷⁵Ibídem, p. 247.

⁷⁶Ibídem, p. 247.

⁷⁷BASABE, N. “Derechos del hombre y deberes del ciudadano en la encrucijada: los lenguajes políticos de la revolución francesa y el Abad de Mably”, en *Revista de Historia Constitucional*, nº12, 2011, Madrid, pp. 45-98.

⁷⁸ARA PINILLA, I. Las transformaciones de los derechos humanos, cit., p. 97.

Por su parte, Martínez de Pisón afirma que “aunque ha habido diferentes formulaciones, puede decirse que los derechos civiles y políticos son derechos vinculados a una concepción formal de la democracia e inspirados en la ideología burguesa en tanto que clase triunfante: libertad individual, libertad religiosa, derecho de propiedad, derecho de participación política, libertad de expresión y derecho a la información, libertad de prensa, de reunión, etc. Es decir, que se agrupan en una doble vertiente: por un lado, los derechos y libertades personales y, por otro, los derechos políticos o derechos de participación”⁷⁹.

Porque ciertamente, “son derechos que articulan un sistema formal de derechos donde lo que importa es su reconocimiento, tanto en el plano constitucional como legislativo, y no las condiciones sociales y económicas de los sujetos-titulares que deben ejercerlos”⁸⁰. Pues parafraseando a Santana “ese pleno desarrollo debe abarcar no solamente las garantías que ofrece la sociedad y las políticas públicas, sino también mediante el cumplimiento real del ideario que ofrecen los derechos humanos”⁸¹.

Como principales características de los derechos recogidos en esta clasificación denominada primera generación de derechos humanos, podemos valorar las siguientes.

Los derechos civiles y políticos son de titularidad individual. Como diría Haarscher son, en definitiva, derechos pensados para el ciudadano, para quien vive al amparo de la nueva legislación que surgirá bajo el Estado liberal garantista. Los derechos de la primera generación están claramente inspirados en una filosofía individualista: el individuo sólo, aislado, como átomo de la sociedad, quien detenta la titularidad, es el sujeto titular que puede exigir y requerir su protección⁸². En este sentido, “son un sistema formal, por cuanto se construye a partir de hipotéticos y abstractos imperativos éticos, al margen de las situaciones reales de los individuos supuestamente sus beneficiarios”⁸³.

Otra característica que se les reconoce es que son derechos de autonomía, por cuanto los derechos civiles y políticos, establecen verdaderos límites a la actuación del Estado al objeto de preservar al individuo un espacio libre de interferencias donde pueda decidir lo más libremente posible. En este sentido, se afirma que requieren la abstención y pasividad del Estado respecto a las actuaciones de los individuos, sus relaciones con

⁷⁹Martínez de Pisón Caverro, J. Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, cit., p. 160.

⁸⁰Ibídem, p. 160.

⁸¹SANTANA RAMOS, M.E. “La garantía de los derechos en la población infantil”, *Revista Quaestio Iuris*, volumen 9, número 4, Río de Janeiro, 2016, p. 2107.

⁸²HAARSCHER, G. *Philosophie des droits de l'homme*, Universidad de Bruselas, Bruselas, 1991, p. 37. El autor mantiene una doble concepción del individualismo: una general, que constituye el sustrato de la visión burguesa de los derechos, y otra específica, que marca las condiciones económicas y sociales de una determinada época de la historia europea. Por encima de ellas, existe un individualismo común, que es el fundamento de cualquier teoría sobre los derechos del hombre.

⁸³martínez de pisón caverro, J. Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, cit., p. 160.

otros, sus decisiones, salvo que transgredan las reglas básicas o impliquen la comisión de un delito⁸⁴.

Por otro lado, se les califica de derechos de libertad, el concepto amplio de libertad y con las dos caras que la doctrina le reconoce, por un lado, la vieja concepción negativa de la libertad como “ausencia de dominio” de unos sobre otros, dominio que se identifica con la existencia de coacciones, de presión de unos sobre otros que lleva a que se ejerza un poder y se esclavicen las personas; por otro lado, la idea de la libertad positiva, la libertad de actuar y de participar en la creación de normas y en el gobierno de la sociedad a través de los procedimientos de decisión política⁸⁵.

El término “derechos económicos, sociales y culturales”, nomenclatura asignada a la clasificación conocida como derechos humanos de segunda generación, en muchos aspectos podría resultar arbitraria, pues abarca diversos derechos humanos, desde el derecho a la educación, a una vivienda adecuada, a la salud, la alimentación y el agua, hasta el derecho al trabajo, así como los derechos culturales de las minorías y de los pueblos indígenas⁸⁶.

Así lo expresa la propia organización de Amnistía Internacional en sus textos, pues entiende que estos derechos abarcan una amplia gama de contenidos que trascienden de una única clasificación generacional.

Es por ello que la Declaración Universal de Derechos Humanos no dividió los derechos en grupos de derechos civiles y políticos por un lado, y económicos, sociales y culturales por otro, y fue por una buena razón. Algunos derechos, incluidos los de libertad de asociación y los derechos laborales, figuran en ambos Pactos internacionales. Otros, como el derecho a la educación, incluyen aspectos que tradicionalmente se perciben como derechos civiles y aspectos que se entienden como derechos sociales. Se presentan de forma amplia como panorama de los derechos que por lo general se clasifican como económicos, sociales y culturales⁸⁷.

Los derechos de segunda generación se incorporan a partir de una tradición de pensamiento humanista y socialista. Son de naturaleza económica y social e inciden sobre la expresión de igualdad de los individuos, exigiendo la intervención del Estado para garantizar un acceso igualitario a los derechos de primera generación, es decir, para compensar las desigualdades naturales creadas por las ventajas y desventajas de clases, etnia y religión que caracterizan a las diferencias sociales de los individuos desde su propio nacimiento. Se pedía así que el Estado garantizase el acceso a la educación, el trabajo, la salud, la protección social, etc., creando las condiciones sociales que

⁸⁴Ibídem, pp. 161-162.

⁸⁵Ibídem, p. 162.

⁸⁶AMNISTÍA INTERNACIONAL Derechos humanos para la dignidad humana: una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales, Edai, Madrid, 2005, p. 25

⁸⁷Ibídem, p. 25

posibilitasen un ejercicio real de las libertades en una sociedad donde no todos los hombres nacen iguales⁸⁸.

Los derechos reconocidos como derechos de tercera generación son los denominados derechos de los pueblos o de solidaridad. Aparecen en respuesta a la necesidad internacional de cooperación entre las naciones. Normativamente se recogen en Acuerdos Internacionales, en Tratados Internacionales y en Cartas o Tratados de Adhesión.

Estos derechos extienden su manto de acción más allá del propio Estado. Son los Estados firmantes los sujetos pasivos de este derecho. El sujeto activo es un conjunto de individualidades, representadas bien en otro Estado, bien en un pueblo.

En este último grupo de derechos, encontramos unas exigencias más generalistas. El sujeto activo de este derecho ya no es el individuo ni su dignidad individual, sino el fin inquirido. Según Bustamante, “en las dos últimas décadas, estos derechos (los de la tercera generación de derechos humanos) han ido cobrando un papel cada vez más importante, y gracias a ellos, se han desarrollado el concepto de diálogo Norte-Sur, el respeto y la conservación de la diversidad cultural, la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio cultural de la humanidad, entre otros”⁸⁹.

Paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos, ya en su preámbulo afirma que es la barbarie de los conflictos (entendemos que se refiere a las guerras mundiales), las que han hecho a las naciones admitir su error e interiorizar el reconocimiento de los derechos naturales del hombre, para que no se vean obligados a rebelarse unas naciones contra otras. La necesidad de paz entre los Estados hizo que se regulara con mayor intensidad el reconocimiento de los derechos básicos que deben ostentar todos los individuos de manera universal, teniendo como objetivo único, el establecimiento y garantía del respeto a los derechos de los pueblos. Ello responde a la idea que defiende que la paz de las naciones, pasa por la dignidad individual de los seres humanos que la conforman, ahí la paradoja.

Entre este grupo de derechos calificados como derechos de tercera generación o derechos de los pueblos encontramos, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la independencia económica y política, el derecho a la identidad nacional y cultural el derecho a la paz el derecho a la coexistencia pacífica, el derecho al entendimiento y confianza, la cooperación internacional y regional, la justicia internacional, el uso de los avances de las ciencias y la tecnología, la solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad y el desarrollo que permita una vida digna.

⁸⁸BUSTAMANTE DONAS, J. “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, en *Revista Segundos pensamientos*, Número 85, Octubre - Diciembre, México, 2010, p. 1.

⁸⁹ *Ibíd*em, p. 1.

En definitiva, el primer impedimento que nos encontramos a la hora de la fundamentación de los derechos humanos es la que resulta de la insuficiencia de la proyección que asume el propio término.

Vistas así las cosas, resulta del todo necesario comprobar que la ambigüedad no debe resultar un obstáculo para entender que los derechos humanos, su fundamentación y su objetivo declarado no es otro que el legítimo reconocimiento de los derechos fundamentales.

La fundamentación de los derechos humanos se proyecta así en la propia clasificación que se otorga a los mismos. Definiendo en todas y cada una de ellas la capacidad sistemática de asunción del carácter de fundamentales.

6. Referencias

- AMNISTÍA INTERNACIONAL Derechos humanos para la dignidad humana: una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales, Edai, Madrid, 2005.
- ARA PINILLA, I. “La semántica de los derechos humanos”, en *Revistes catalanes ambaccés obert*, Volumen 16, Barcelona, 1987.
- ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUÍZ MANERO, J. *Marxismo y Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1993.
- BASABE, N. “Derechos del hombre y deberes del ciudadano en la encrucijada: los lenguajes políticos de la revolución francesa y el Abad de Mably”, en *Revista de Historia Constitucional*, nº12, 2011, Madrid.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BUSTAMANTE DONAS, J. “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, en *Revista Segundos pensamientos*, Número 85, Octubre - Diciembre, México, 2010.
- BUSTAMANTE DONAS, J. “Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria”, en *Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Año 4, Número 2, México, 2007.
- CASTRO CID, B. “La clasificación de los derechos”, en *AAVV, Introducción al estudio de los derechos humanos*, Universitas, Madrid, 2003.
- CRUZ REYES, E. “Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución”, en *Revista Criterio Jurídico Garantista*, Año 2, Número 2, Madrid, 2010.
- DWORKIN, R. *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1997.

- ESCALONA, G. “La naturaleza de los derechos humanos”, en AAVV, Pasado, presente y futuro de los derechos humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2004.
- ESTER SÁNCHEZ, A.T. “Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante”, Revista de Derecho, UNED, número 17, Madrid, 2015
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- FIORAVANTI, M. Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones (traducción de Manuel Martínez Neira), Trotta, Madrid, 2000.
- FRANCA, M. “Historia y razón del paradigma westfaliano”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), Número 131, enero-marzo, Madrid, 2006.
- GARCÍA HUIDOBRO, J. “Derecho y derechos humanos. Introducción a un problema”, en AA.VV., Problemas actuales sobre derechos humanos, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 2000.
- GONZALEZ ÁLVAREZ, R. Aproximaciones a los Derechos Humanos de Cuarta Generación, cit., p. 4.
- HAARSCHER, G. Philosophie des droits de l'homme, Universidad de Bruselas, Bruselas, 1991.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. Derecho Constitucional de las Naciones Unidas, Escuela de Funcionarios Internacionales, Madrid, 1958.
- LÓPEZ CALERA, N.M. “Naturaleza dialéctica de los derechos humanos”, en Anuario de Derechos Humanos, Número 6, Universidad Complutense, Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M. Derechos Humanos. Un ensayo sobre su historia, su fundamento y su realidad, Egido, Zaragoza 1997.
- MORENO LUCE, M.S. “El fundamento de los Derechos Humanos”, en Revista Letras Jurídicas, Volumen 15, México, 2007.
- NEBRERA, M. “De Europa y de la Paz en Europa”, en Revista de Estudios Políticos (nueva época), Número 106, Madrid, 1999.
- ORAÁ ORAÁ, J. y GOMEZ ISA, F. La Declaración de los Derechos Humanos, Publicaciones Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Curso de derechos fundamentales, Eudema, Madrid, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A.E. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, A.E. El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid, 1989.

PÉREZ LUÑO, A.E. Los derechos fundamentales, Tecnos, Madrid, 1988.

PÉREZ RIVAS, D.A. De derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes, Fundación Universitaria Andalu, Madrid, 2013.

SANTANA RAMOS, M.E. “La garantía de los derechos en la población infantil”, Revista Quaestio Iuris, volumen 9, número 4, Río de Janeiro, 2016.

VASAK, K. “Derechos humanos: una lucha de treinta años: el esfuerzo sostenido para dar fuerza de ley a la Declaración Universal de los derechos humanos”, Discurso del 30 de Noviembre en la Sede de la UNESCO, París, 1977

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E ATIVISMO JUDICIAL

PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT AND JUDICIAL ACTIVISM

Luciana Pacífico de Araújo Sponquiado¹
Universidade Autônoma de Lisboa “Luís de Camões”

Sumário: Introdução; 1. A Evolução do Constitucionalismo Judicial; 2. A Fiscalização de Constitucionalidade no Direito Português; 3. Os Novos Paradigmas e a Ascensão do Poder Judiciário; 4. Parâmetros para a Calibragem; 5. Democracia em tempos de Crise e o Papel do Tribunal Constitucional; 6. Considerações sobre a atuação do Tribunal Constitucional Português; Considerações finais; Referências

Introdução

Na conclamação do Estado Democrático de Direito, os sistemas modernos fortaleceram suas Constituições, cuja importância adquiriu contornos relevantíssimos de modo a se solidificar o verdadeiro Estado Constitucional Democrático. Assim, o presente trabalho faz uma análise sucinta dessa evolução, através de fatos importantes que contribuíram para esse amadurecimento, com ênfase especial para a evolução do controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, como elemento preponderante nessa construção de uma democracia constitucional, funcionando como regulador das atuações do Legislativo e do Executivo.

A partir da tendência de temas como «judicialização da política» e do chamado «ativismo judicial», merecem destaque os muitos conflitos acerca dessa expansão judicial, sendo construídas inúmeras críticas, em especial, o temor de se estabelecer uma verdadeira ditadura de juízes, tendo como principal acusação o fato de o Judiciário não possuir a legitimidade advinda do povo para representá-lo nos principais assuntos extrajurídicos de forma definitiva.

Ao fim, faz-se uma análise de algumas características do Tribunal Constitucional Português, com o intuito de contextualizar suas posições que o conduziu à era da jurisprudência da crise – expressão que dominou o campo doutrinário.

¹ Doutoranda e Mestranda em Ciências Jurídicas - Universidade Autônoma de Lisboa “Luís de Camões”, Portugal; Especialista em Direito Tributário - Escola de Pós Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro –Brasil; Especialista em Direito Processual - Universidade Federal de Alagoas – Brasil; Advogada e Consultora jurídica em direito empresarial

1. A Evolução do Constitucionalismo Judicial

Alertam os historiadores que já Aristóteles esboçava a ideia de governo tripartido, mas foi na expressão de Montesquieu que se disseminou a necessidade de separar os poderes, conforme sua obra “Espírito das Leis”. Importa salientar que o festejado pensador não idealizou uma separação rigorosa dos três poderes, pois face à ideia de os juízes eram apenas «a boca que pronuncia as palavras da lei»².

Destaque válido se dá ao texto da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, conquistado pelos anseios da Revolução Francesa, datada de 1789, a qual consagrava a separação dos poderes, mas sabemos que o formato atual de grande parte dos Estados democráticos, tripartido, foi fruto de uma construção evolutiva, principalmente quanto ao crescimento do papel do Judiciário na busca pelo equilíbrio do Estado, visto que apesar de todo o ideário da Revolução Francesa, havia muita desconfiança nos juízes o que se via através Lei francesa 16-24, de agosto de 1790, de acordo com a qual apenas o Poder Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições”³.

A peculiaridade do sistema inglês justifica ser lembrada, representando um caso diferenciado em que se encontrou uma espécie de equilíbrio governamental mesmo sem um típico controlo de constitucionalidade ao longo dos tempos, mas que se verifica o direito legislado tomando corpo, como se exemplifica com a aprovação, pelo Parlamento, do *Human Rights Act*, em 1998, que incorporou ao direito inglês as garantias previstas na Convenção Europeia de Direitos Humanos e também a aprovação do *Constitutional Reform Act*, de 2005, que reorganizou o Poder Judiciário inglês, aumentando sua autonomia e criando uma Corte Constitucional.

A despeito das destacadas experiências, o caso do Estados Unidos da América ainda pode ser considerado o grande marco no que tange à formatação do fortalecimento do papel do Judiciário no controlo constitucional apesar da inexistência de previsão expressa constitucional para que a Corte Maior daquele país efetuasse o referido controle dos atos dos demais poderes.

Após o fim da Primeira Guerra Mundial entrou em vigor a Constituição de Weimar, em 1919, a qual é considerada um *marco do constitucionalismo social*, positivando igualdade perante a lei, liberdade de locomoção, legalidade, dentre outros, embora na prática, não tenha tido expressiva efetividade até porque foi sufocada pela ascensão de Hitler ao poder. E com a derrota na Segunda Guerra, seguida da condenação da Alemanha ao pagamento de indenização, foi promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, reafirmando-se a democracia e a consagração dos direitos fundamentais, como resposta às atrocidades do nazismo.

² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. p. 260.

³ ROBERTO BARROSO, Luís. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. p. 54-55.

Prevalecia a supremacia do Legislativo, advindo Kelsen, a partir da Constituição da Áustria, de 1920, a modelar o controlo de constitucionalidade, sendo aperfeiçoado pela reforma constitucional de 1929, apesar de se destacar como uma postura legislativa-negativa desse controle judicial.

Já o sistema francês, de supremacia parlamentar, recentemente vem cedendo à expansão do controle de constitucionalidade, visto que o controle repressivo somente foi instaurado através da reforma à Constituição, firmada em 2008, haja vista que até então apenas existia o controle preventivo⁴.

Quanto à fiscalização de constitucionalidade, houve a necessidade de se proteger a ordem constitucional, no sentido mais amplo que a defesa de próprio Estado. E dentre os meios e institutos de proteção da Constituição, considera-se a vinculação dos três Poderes ao conteúdo dela, os limites de revisão constitucionais existentes, a separação e interdependência dos órgãos de soberania e a fiscalização judicial da Constituição⁵, sendo esta última objeto de apreciação neste trabalho.

2. A Fiscalização de Constitucionalidade no Direito Português

Inicialmente, Portugal adotou no texto original da Constituição em vigor, de 1976, o controle difuso por parte dos tribunais judiciais, mas concentrando a apreciação da inconstitucionalidade no Conselho da Revolução, com prévio parecer da Comissão Constitucional, ambos órgãos de cunho extrajudiciais, o que denota a escolha pelo modo de controle político da constitucionalidade.

Em resumo, o controle preventivo era perpetrado pelo Conselho da República, ouvida a Comissão Constitucional, ao passo que o controle difuso, sendo feito pelos tribunais judiciais, estariam sujeitos a recurso para a Comissão Constitucional, o que nos remonta a uma forma de fiscalização política, porque mesmo sendo possível a análise da constitucionalidade em qualquer instância judicial, teriam como palavra final a referida Comissão, colegiado este de formação mista por 9 membros (juizes e não-juizes). Ou seja, funcionava como um órgão final da decisão (repressiva) da constitucionalidade⁶.

Já o controlo de constitucionalidade preventivo era realizado pelo Conselho da República, que recebia o texto normativo concomitante ao recebimento pelo presidente da República, o qual somente poderia promulgá-lo após passado o prazo de análise pelo Conselho, devendo o presidente suspender a promulgação caso houvesse deliberação do Conselho no sentido de dúvida acerca da constitucionalidade da norma. Diante dessa

⁴ Alteração pela Lei constitucional no. 2008-724, de 23 de julho de 2008, conforme historia OSÓRIO, Aline. “Jurisdição e Política na França: A questão Prioritária de Constitucionalidade e o Novo Modelo de Jurisdição Constitucional Francês”. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 556.

⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. p. 954-955.

⁶ MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. *Direito Constitucional Comparado*. p. 115-116.

dúvida, o conselho requisitava à Comissão um parecer sobre o caso. Nesse ponto, verificamos que a Comissão possuía um papel consultivo nessa fiscalização preventiva. Após o parecer da Comissão, o Conselho emitia uma resolução decidindo pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade, nesta última hipótese, o texto era enviado para o então veto presidencial⁷.

O sistema existente não atendia aos anseios da época, pois que o Conselho da Revolução, de formação militar, manifestava um entrave para a evolução da democracia portuguesa havendo um palco rico de debates sobre o tema, principalmente com o pedido de adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia.⁸

Esse sistema complexo (e de cunho político) perdurou desde a aprovação da Constituição, em 2 de abril de 1976, até a edição da Lei Constitucional, de n.º no. 1/82, com a Primeira Revisão Constitucional, na qual houve a extinção do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional, sendo instituído o Tribunal Constitucional, conforme novo teor da Constituição da República de 1976, para o qual o Tribunal Constitucional é o Tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

O art. 223.º, da Constituição Portuguesa, determina que compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes. Após a criação do Tribunal Constitucional, a regulamentação do seu funcionamento por lei gerou intensos debates entre os partidos e o Governo, com a apresentação de diversas críticas.

Aqui, interessa destacar a importância da criação do Tribunal Constitucional, para a consolidação do regime democrático português, isso porque os processos democráticos são fruto de evolução, sendo implementado, paulatinamente, não se olvidando que dada a pressa que havia em ter o Tribunal em pleno funcionamento, bem como as dificuldades de eleição, que se deu de modo totalmente político – em negociação pelas direções partidárias e pelo governo.

Afora as questões políticas elencadas, numa incursão breve sobre a fiscalização de constitucionalidade portuguesa, no âmbito do Tribunal Constitucional, verifica-se que o modelo adotado engloba, atualmente, quatro tipos de controlo: fiscalização preventiva da constitucionalidade, concreta da constitucionalidade, abstrata da constitucionalidade e a inconstitucionalidade por omissão.

A fiscalização preventiva está prevista no art. 278.º, da Constituição, permitindo a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma, decreto, decreto lei, ou acordo internacional, sendo legitimados a propor o controle preventivo, o Presidente

⁷ MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. *Direito Constitucional Comparado*. p.116-117.

⁸ ARAÚJO, António. “A Construção da Justiça Constitucional Portuguesa”. *Análise Social*.

da República, os Ministros da República, o Primeiro-Ministro e 1/5 dos deputados da Assembleia da República.

A fiscalização concreta se encontra prevista para todos os tribunais, conforme dispõe o art. 204.º, da Constituição, segundo o qual obsta que os tribunais apliquem normas que violem a Constituição ou os princípios nela consagrados.

Daí se denotar a conclamação do sistema difuso nos moldes americano, podendo ser a inconstitucionalidade detetada pelos magistrados de primeiro grau e pelo tribunais e, inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de não aplicar a norma em questão, mas a posição final será decidida pelo Tribunal Constitucional, conforme o texto constitucional, prevendo o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: que neguem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada no decorrer do processo.

Quanto à fiscalização abstrata, o Tribunal Constitucional aprecia, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, a ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado, a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma, a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto⁹.

Ainda, há a fiscalização de constitucionalidade por omissão, na qual o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

3. Os Novos Paradigmas e a Ascensão do Poder Judiciário

Em síntese apertada, consolidou-se Estado moderno como Estado legislativo de direito, como lastro no princípio da legalidade, de caráter positivista.

Em seguida, evoluindo para o Estado Constitucional do Direito, a nova era tem sido considerada por muitos autores como pós-positivista, momento em que o direito positivo marca um encontro com os valores éticos e morais.

Vale destacar RAWLS, em *A theory of Justice*, revisitando os princípios da justiça na ordem jurídica, bem assim HABERMAS¹⁰, em sua obra *Direito e Moral*, para o qual os princípios morais do direito natural tornaram-se direito positivo no estado constitucional moderno.

⁹ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 181.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Coleção Pensamento e Filosofia, 47. p. 31-32

Com intensificação da necessidade de proteção dos direitos humanos deu-se a consolidação do Estado constitucional de direito, também denominado de neoconstitucionalismo, conclamando como um dos pontos alicerçados na cultura jurídica contemporânea o reconhecimento da força normativa da Constituição, assumindo-se uma expansão constitucional com a consequente alteração no papel desta junto às novas relações e situações advindas da modernidade.

Diante de mutações sociais e ideológicas, muda o papel dos atores da democracia. O Judiciário ascende de posição por uma necessidade de atender aos novos conflitos, sendo, em muitas das vezes, requisitado pelo próprio povo na busca da proteção de direitos que não foram exatamente prestigiados como deveriam.

A busca do cidadão comum pelo apoio do Judiciário deve querer significar algo. No caso da Alemanha, por exemplo, a popularidade do Tribunal Constitucional se apresenta elevada, com satisfatório índice de aprovação, com picos próximos a 70% (setenta por cento)¹¹.

A tão festejada garantia de que as normas advindas dos parlamentos possuem verdadeira legitimidade democrática, advinda do povo, pode não corresponder à primazia da realidade. Há um fator relevante: o facto dos agentes e órgãos políticos, que integram o Legislativo e o Executivo, terem o controle sobre a coisa pública, podendo gerenciar e administrar os valores públicos, através de escolhas políticas as quais – em parte, significativamente – lhes permite uma discricionariedade razoável. Ainda que haja normas indicativas, controladoras – prévia e posteriormente – não se pode negar a existência de uma parcela de liberdade estatal. Daí surge a noção de que o controlo de constitucionalidade, em especial, o judicial, se bem direcionado, pode assumir importância no contexto da construção democrática.

Nesse cenário, na prática, casos de desvios de finalidades estão sendo descobertos em várias partes do mundo, pois a corrupção é um mal que assola a atualidade, conforme verificamos no Índice de Percepção de Corrupção medido, anualmente, pela entidade Transparência Internacional¹², sendo natural exsurgir uma crise de representatividade do povo, face aos moldes tradicionais de outorga de legitimidade, pois, conforme Dahl, “de um modo geral, a política em nível nacional é o resultado do conflito, da negociação e do acordo entre as minorias; o processo não é nem o governo de minoria, nem o governo da maioria, mas o que poderia ser melhor denominado de governo de minorias, onde uma agregação de minorias alcança políticas em oposição a outra geração.”¹³

¹¹ MENDONÇA, Eduardo. “A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático”. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 135.

¹² Índice de percepção de corrupção apurado pela Transparência Internacional, sobre o ano de 2016, indica que Portugal caiu da 28.^a para a 29.^a posição, dos 63 pontos de 2015 caindo para 62 pontos.

¹³ Apud NOVELINO, Marcelo. “A STF e a Opinião Pública”. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 248-249.

Outros fatores influenciam a mudança de visão como a distância temporal entre a época em que a norma foi aprovada, representando uma realidade fática, até o momento em que foi declarada inconstitucional pela Corte Judicial, visto que tal demora pode efetivamente não acompanhar o ritmo da mutação social e, por conseguinte, da opinião pública do então eleitorado. Aliás, o próprio parlamento da época da declaração da inconstitucionalidade pode nem mais apoiar a norma então aprovada num momento muito anterior. Ou, acrescenta o autor, que inexistente uma correspondência necessária entre as escolhas formalizadas pelos representantes democraticamente eleitos e a vontade real da maioria popular, ou seja, a “legitimidade democrática formal não representa qualquer garantia de legitimidade democrática substancial”.¹⁴

Lembrando que a maioria das normas contidas nas Constituições possuem caráter principiológico, como exemplo os princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, dentre outros, portanto, deixa mais abertura para a hermenêutica operar. A evolução da interpretação constitucional pode ter como alicerce também essa característica, de modo a tornar cada vez mais forte o conteúdo da decisão judicial. Porque o julgador precisa buscar os valores da norma constitucional para dar aplicabilidade no caso concreto, enfatizando-se uma judicialização da política e das próprias interações sociais.

Outro aspecto que vem contribuindo para o fortalecimento da judicialização, merecedor de reflexão: e quando nem o Legislativo nem o Executivo demonstram interesse em expor seu desejo, em norma, perante seu eleitorado, com temor de perdas de popularidade? Questões muito polêmicas quiçá devam ser deixadas – deliberadamente – para o intérprete judicial tomar sua posição perante o público. Lembremos que – via de regra – a composição das Cortes Constitucionais (ou órgãos similares) não se firma a partir de eleições diretamente com o povo.

Daí concluir-se que a pluralidade dos fundamentos para justificar o fenômeno, destarte, há que encontrar-se interligada à peculiaridade de cada sistema, de cada cultura, merecendo um olhar específico a cada caso concreto. Nesse ponto, podemos, *prima facie*, apimentar a questão destacando que a crise financeira – com sérias repercussões sociais – em Portugal, por si, estabelecida há alguns anos, estimularia – sem sombra de dúvida – uma exigência de uma postura mais proativa por parte do controle judicial, principalmente, na atuação do Tribunal Constitucional.

4. Parâmetros para a Calibragem

Tendo como realidade incontornável a expansão do Judiciário nos Estados democráticos modernos, a despeito dos críticos veementes a esse fenômeno, a doutrina

¹⁴ Apud AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 205.

há muito vem tratando de traçar meios de evitar que o ativismo traga prejuízos à democracia. Alguns critérios são discutidos como forma de manter o papel ativo do Judiciário no limite da manutenção dos regimes democráticos, para não se estabelecer nenhuma tirania judicial, haja vista ter o Judiciário de regra possui direito à última palavra quando se trata matéria constitucional.

Algumas propostas doutrinárias são lançadas para uma “autorrestrrição” na atuação do Judiciário, quando chamado ao controle de constitucionalidade, limitando a hipótese de sua aplicação: como o manifesto erro legislativo, que seria um caso tranquilo a justificar a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, tendo sido apresentada em 1892, por James Bradley Thayer, assim como a necessidade de prudência política, desenhada por Alexander Bickel, em 1961, ou a aplicação quando na defesa de minorias e do processo democrático inclusivo, sob a leitura de Harlan Fisk Stone, justificando a intensidade do controle de constitucionalidade que se daria mais forte ou não, dependendo da matéria envolvida. Sobre o tema da minoria, John Hart Ely propugnou que o controle judicial de constitucionalidade pudesse ser mais intenso para garantir procedimento democrático quando se referisse a decisões relativas a minorias. O minimalismo judicial, de Cass Sunstein, seria aplicado em caso de questões morais complexas, cabendo à Suprema Corte tomar decisões estreitas, em vez de amplas e superficiais, em vez de profundas. Por outro lado, caberia o maximalismo judicial apenas nos casos em que não houver alta controvérsia moral, houver presentes todas as informações para a Corte julgar, o debate no Tribunal tiver sido exaurido, ou seja, houver segurança sobre o assunto naquele âmbito. Além dos *standards* como verificação do consenso político obtido na elaboração da norma posta em debate no Judiciário, bem assim observar se a decisão judicial estaria consagrando direitos políticos ou outros inerentes ao fortalecimento da democracia, proteção de camadas sociais excluídas, prevalência de direitos meramente matrimoniais face aos mais básicos e individuais, expansividade em casos que exijam menor conhecimento técnico extrajurídico da matéria, levantamento histórico do momento da aprovação da norma ora julgada.¹⁵

Daí se concluir que vale uma reflexão sobre como essa intervenção judicial deve e pode ser positiva para a concreção de uma democracia constitucional mais sólida, no lugar de cristalizar uma autocracia judicial.

5. Democracia em tempos de Crise e o Papel do Tribunal Constitucional

Em outubro de 2008, o cenário econômico mundial foi drasticamente afetado por uma crise financeira tendo como pano de fundo a quebra da empresa Lehman Brothers, um dos maiores bancos de investimentos dos Estados Unidos. Alguns países, inclusive da Europa, ingressaram em processos de crise, ou tiveram suas crises internas agravadas,

¹⁵ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. *Jurisdição, Constituição e Política*. p. 191-196.

gerando um abalo na economia global, cujo grupo estava incluído Portugal, cujo Parlamento aprovou duro orçamento de austeridade, em 2010, culminando em se tornar o 3.º Estado-membro da zona do euro a pedir auxílio financeiro da União Europeia e ao FMI, em 2011.

Num breve resumo contextual, a crise financeira instalada na República Portuguesa, que gerou decisões políticas ingratas como o aumento de receita e redução de despesa, tiveram repercussão negativa na vida dos cidadãos, ocasionando insatisfações face aos acordos então negociados com as instituições envolvidas, trazendo à tona temas que foram conduzidos ao Tribunal Constitucional para análise daquela Corte.

A doutrina menciona a participação do Tribunal Constitucional em vários momentos da crise econômica, ora prestigiando as decisões tomadas pelo Governo, ora rechaçando-as. A questão que se impõe não se centra no “sim” ou no “não” às políticas públicas engendradas. Põem-se em relevo em quais espécies de fundamentos a Corte tem se consubstanciado para decidir tais demandas. Chama a atenção dos críticos a utilização, corrente, em vários casos, do argumento da relevância da crise financeira, sob a ótica do interesse público.

Vejamos os casos expostos –resumidamente– por Jorge Reis Novais¹⁶:

a) Em 2010, no Acórdão n.º 399/2010, o Tribunal Constitucional não considerou constitucionais aumentos de impostos que entrariam em vigor já em julho daquele mesmo ano, incidindo tanto sobre as rendas a serem auferidas como sobre a já auferidas, tendo em discussão, a violação à proteção à confiança dos contribuintes;

b) Em 2011, no Acórdão 396/2011, não considerou inconstitucionais os cortes de 3,5% a 10% nos salários dos trabalhadores públicos que auferissem mais de 1500 euros, tendo acatado aceitáveis face às dificuldades orçamentais e em razão do caráter emergencial;

c) Em 2012, o Acórdão n.º 353/2012 considerou inconstitucionais os novos cortes aos funcionários públicos e pensionistas (de férias e subsídio do Natal), mas, pela primeira vez na história constitucional, tal declaração, firmada em julho, somente produziria efeitos após 2012;

d) Em 2013, o Acórdão n.º 187/2013 não acatou a inconstitucionalidade da instituição da contribuição extraordinária a pensionistas e reformados que auferissem renda acima de 1350 euros;

e) Em 2013, o Acórdão n.º 794/2013 não considerou inconstitucional o aumento de hora de trabalho da função pública (de 35 para 40) horas semanais, sem correspondente aumento de retribuição;

¹⁶ REIS NOVAIS, Jorge Reis. Em Defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos. p. 68-75.

f) Em 2014, o Acórdão n.º 413/2014, apesar de considerar inconstitucionais novos cortes da retribuição dos trabalhadores da função pública para o ano de 2014, permitiu que o governo retivesse as reduções já efetivadas entre Janeiro e Maio;

g) Em 2014, o Acórdão n.º 572/2014 não acatou a inconstitucionalidade do alargamento da aplicação da contribuição extraordinária de solidariedade aos pensionistas que auferissem mais de 1000 euros;

h) Em 2014, o Acórdão n.º 574/2014 aceitou o prolongamento dos cortes salariais da função pública para o ano de 2015.

6. Considerações sobre a atuação do Tribunal Constitucional Português

Direitos sociais sendo suprimidos não combinam com alto índice de aprovação das instituições governamentais, como o Executivo e o Legislativo, denotando que a vontade popular descrita como princípio base da República se queda longe de se encontrar em consonância com as inúmeras decisões tomadas para enfrentar a crise. A soberania popular prevista no art. 2º., da CRP, parece abalada e fadada a gerar tensões sociais.

O art. 9º da CRP prevê, como tarefas fundamentais do Estado, defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais. E sob o manto de que o poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição, ditado no art. 108º, da CRP¹⁷, tendo esse poder político encabeçado pelos chamados órgãos da soberania, a saber, o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e o Tribunais.

Tendo o legislador constitucional conclamado os dois tipos de controlo de constitucionalidade, difuso e concentrado, cabe discorrermos sobre a natureza das suas decisões.

A visão kelseniana de legislador negativo, realmente, tende a não ser suficiente, tendo sido necessário que o Tribunal Constitucional aja com mais inteireza no momento da invalidação das normas, independente das temperanças que sejam recomendadas para não ferir a democracia constitucional atual.

No caso, o TC possui natureza jurídica ou política? Procurando a resposta na texto frio da Constituição da República, certamente, não será resolvido o impasse, visto que a referida e festejada norma mãe desenhou o Tribunal Constitucional em capítulo diverso do capítulo dos demais tribunais, tratando, a parte III, da CRP¹⁸, da organização dos poderes políticos, aduzindo que são órgãos de soberania o Presidente da República, a

¹⁷ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 89.

¹⁸ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 89, 97, 108, 131, 139 e 147.

Assembleia da República, o Governo e os Tribunais, conforme especificado no Título I desta parte. Em seguida, criou um título específico para cada um dos ditos órgãos soberanos, a bem dizer: Título II, para o Presidente; Título III, para a Assembleia; Título IV, para o Governo. Agora, designou o Título V para os Tribunais e, separadamente, o Título VI, para o Tribunal Constitucional, seguindo a linha dos demais Tribunais Constitucionais europeus de não integrar o Poder Judiciário.

Sobre a natureza do Tribunal Constitucional, tomamos empréstimo as palavras de Canotilho¹⁹:

“A sua natureza de órgão jurisdicional do Estado não merece o acordo unânime da doutrina. Salienta-se, por um lado, a sua competência extrajudicial (art. 223.º /2/ a, b, d, g e h), o «acento político» da sua «jurisdicção» e a escolha política dos seus membros (art. 222.º). Alguns autores vão mais longe, negando carácter jurisdicional às funções de controlo da constitucionalidade e da legalidade exercidas por um tribunal desta natureza. As suas decisões seriam, fundamentalmente, «decisões políticas em forma de justiça», podendo, quando muito, classificar-se a jurisdição constitucional como uma função autónoma, com carácter tendencialmente jurídico-constitucional.”

Na verdade, a linha entre o Direito e a Política, sempre será tênue o bastante para exigirmos uma separação rigorosa, absoluta, haja vista que os atos humanos – em geral – são baseados em carácter político em algum momento, sob algum aspecto, principalmente a atividade judiciária que há muito deixou de ser considerada como eminentemente silogística, mas possui uma função de interpretativa e argumentativa.

Assim, apesar de controvertida a natureza do Tribunal Constitucional, a verdade é que por se entrelaçarem, direito e política, a estigmatização de um órgão como puramente judicial ou exclusivamente político, não nos parece se encontrar na ordem do dia, haja vista que, a despeito de se encontrar categorizado por quaisquer normas - ainda que constitucional - pelas suas funções designadas (teoricamente) e pela força que desempenha nas suas atitudes.

A própria Constituição prevê mecanismos de atuação do TC, capazes de conduzir à ingerência maior. Vejamos o caso do art. 283.º, 4º, para o qual “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2”. Como não agir, nesta hipótese, sem uma participação mais «invasiva» na seara política? Afinal, a subjetividade dos valores aqui envolvidos, principalmente no que tange ao interesse público de excepcional relevo, caracteriza-se – notoriamente – em avaliação política da situação em julgamento. Essa fixação dos efeitos da inconstitucionalidade parece transcender os limites puramente jurídicos, deixando uma

¹⁹ GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 679.

²⁰ CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. p. 182.

marca eminentemente jurídico-política na sua atuação, conclamando-se a natureza mais abrangente do seu pape, até porque, sem sendo focado na Constituição e, sendo esta o instrumento que organiza e norteia jurídica e politicamente a nação, dando os efetivos contornos ao Estado, não poderia ser diferente nem mais limitada a sua função.

Ainda Canotilho²¹:

“problemas constitucionais, num Estado de direito democrático, são irreduzíveis a «questões jurídicas» puras ou a «questões políticas juridicamente disfarçadas». A dimensão política e a dimensão jurídica são as duas dimensões necessárias e incidíveis das questões constitucionais (Ridder), sendo tão unilateral classificar as funções exercidas por um tribunal constitucional com «funções políticas em forma jurisdicional», como qualificá-las de «funções jurisdicionais sobre matérias políticas»”.

Inegável, a postura proativa que vem assumindo o Tribunal a qual se vislumbra comprovada com as decisões já descritas, denotando um papel mais firme e voltado para a situação que lhe circunda, ao levar em consideração a crise que assolou parte do mundo e, especialmente, o orçamento do Estado Português.

Considerações finais

Na verdade, a democracia moderna se fundamenta no cumprimento da Constituição, tendo esta deixado, há muito, o papel de limitador do poder estatal, passando à figura inspiradora das realizações sociais. Nessa dinâmica, cabe aos órgãos soberanos policiarem, conjuntamente, para a efetivação dos ideais e das diretrizes nela propugnados.

Realmente, não devemos fechar os olhos para o facto de que o grau de abstração apostado nos princípios constitucionais, nas diretrizes morais neles contidas, possam gerar, sim, grandes desconfiças capazes de deixar a sociedade temerosa em entregar tanto força ao Poder Judiciário. Mas por que não vislumbrar que a maior participação da figura judicial possa favorecer a democracia, trazendo mais ganhos que perdas, mais estabilização que desencontro?

Há casos em que a disputa pública entre os poderes instituídos são capazes de atingir – de facto – a vontade soberana do povo. Vejamos o exemplo do Tribunal Constitucional alemão no caso dos crucifixos, iniciado em 1991, quando se questionou a existência de um crucifixo sobre o quadro negro na escola:

“Em sua sentença sobre o crucifixo, o Tribunal Federal Constitucional interpretou que a Lei Fundamental respalda não só a liberdade de se optar por uma religião, mas também a de recusar uma convicção religiosa e ideológica. [...] O tribunal declarou inconstitucional sobretudo o decreto estadual que

²¹ GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 679.

determinava a instalação dos crucifixos nos colégios bávaros. [...] Não só os políticos bávaros protestaram. A sentença provocou um debate nacional sobre a separação entre Estado e Igreja. Em pesquisas de opinião, a maioria dos alemães declarou ver na cruz um símbolo da representação da própria cultura e dos próprios valores. [...] O então chanceler federal Helmut Kohl igualmente criticou. "Trata-se da tradição cristã de nosso país. Não aceito de forma alguma que o assunto seja formulado e decidido desta forma." [...] O governo bávaro resolveu contornar a sentença federal e elaborou uma nova lei estadual, para garantir a presença dos crucifixos. Poucos meses depois do pronunciamento em Karlsruhe, a maioria parlamentar da União Social Cristã (CSU) aprovou: "Considerando o caráter histórico e cultural da Baviera, toda sala de aula terá um crucifixo".[...] Três partes abriram litígio contra a nova legislação ao Tribunal Constitucional bávaro – entre elas, os pais da queixa original. Em vão: em 1997, a corte declarou constitucional a regulamentação. Em abril do mesmo ano, o Tribunal Federal Administrativo, em Berlim, confirmou a sentença. E, em agosto, o Tribunal Federal Constitucional rejeitou o recurso dos querelantes, sem julgar o mérito. A cruz ficou."²²

A movimentação do povo foi enfática contra a posição do Judiciário, onde “30 mil pessoas se espremem diante de uma cruz com quatro metros de altura. Bispos e políticos fazem discursos inflamados. "A cruz fica!".²³

Nesse sentido, a arena pública do debate estabelecido, apesar da utilização da pressão ostensiva do povo, trouxe à baila a efetiva vontade do povo; ele próprio, o povo, buscou o contorno para que o Judiciário, naquele caso, não subjulgasse seus valores. Inobstante o radicalismo do exemplo, a ilustração serve à demonstração que a presença marcante dos atores da soberania pode conduzir à supremacia da democracia.

A experiência do ativismo judicial dos Estados Unidos da América tem demonstrado que o papel ativo desse poder gera e incita a sociedade ao debate, fortalecendo a democracia. Vejamos os casos *Furman v. Georgia*, em 1972, quando a Suprema Corte Americana considerou inconstitucional a pena de morte, da forma aplicada nos 39 Estados da Federação, com crítica à falta de critério nas decisões dos júris e o impacto desproporcional sobre as minorias. Nos anos que se seguiram, os Estados aprovaram novas leis sobre o tema, fazendo com que a Suprema Corte mantivesse a validade da nova versão da legislação penal da Georgia²⁴.

Data venia, o Tribunal Constitucional de Portugal, na seara da jurisprudência da crise, não demonstra agir como mero legislador negativo, ao revés, tem enveredado por agir de modo a se imiscuir – efetivamente – na política do país, evidenciando uma verdadeira judicialização política.

²² VON KESSEL, Julie. “Tribunal Constitucional alemão proíbe crucifixo em salas de aula”. *Made for Minds*.

²³ VON KESSEL, Julie. “Tribunal Constitucional Alemão Proíbe Crucifixo em Salas de Aula”. *Made for Minds*.

²⁴ ROBERTO BARROSO, Luís. “A razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria”. *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 28-29.

No caso do citado Acórdão 353/2012 (redução de subsídio de férias e Natal), houve, efetivamente, uma verdadeira modulação dos efeitos do julgado, postergando sua eficácia para *posteriori*. ‘Como assim’ os cortes nos subsídios ferem a Constituição, mas, em razão da situação emergencial, podemos violá-la? Por essa razão ficou consolidada a expressão jurisprudência da crise, ou seja, a crise se tornou verdadeiro fundamento jurídico para permitir gravames às garantias constitucionais?

Uma das críticas que merece reprodução, há de dar-se quanto à forma de composição dos membros do Tribunal Constitucional Português, conforme aduziu Luiz Nunes de Almeida (*Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*), então vice-presidente da referida Corte:

“A proposta mais recorrente, contudo, vai no sentido de haver juízes do Tribunal Constitucional designados pelo Presidente da República. Com a mesma tranquilidade com que, em 1982, contribuí para que tal possibilidade ficasse excluída, assim hoje reafirmo que não se deve conferir ao Presidente da República um tal poder. [...]. Na verdade, a questão essencial, a propósito do Tribunal Constitucional, não é a da sua composição, mas a das garantias de independência dos seus juízes. Ora, entre essas garantias de independência, a mais importante consistirá, talvez, em não haver uma relação pessoal entre a entidade nomeante e o juiz nomeado.”²⁵

No Brasil, a título de exemplo, também há essa problemática no que tange à ‘total’ independência dos ministros do Supremo Tribunal Federal²⁶, visto que a escolha e nomeação pertencem ao Presidente da República, gerando, na prática, um verdadeiro exército de membros indicado pelo mesmo partido político (Partido dos Trabalhadores) o quem deteve o cargo de Presidente da República há exatos 3 (três) mandatos eleitorais. Nesse período, foram se aposentando os mais antigos e – paulatinamente – chegou se se formar uma verdadeira cúpula com origem de indicação – no mínimo – comprometida.

Em resumo, inúmeras críticas devem ser aduzidas para a concretização de um verdadeiro Estado Constitucional e Democrático de Direito, no que tange aos Tribunais Constitucionais, assim como a ausência de sessão pública nos julgamentos, a fim de inibir a pressão da opinião pública sobre os julgadores.

Outro ponto de crítica, repousa na ausência de garantia de vitaliciedade do cargo, que pode retirar a isenção na opinião do julgador, já que necessita de vida de sucesso lá fora quando findar seu mandato temporário, portanto, inevitavelmente, necessita agradar a pessoas, órgão ou setores.

²⁵ Apud BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade*. [Em linha].

²⁶ Embora seja necessário explicitar que o Supremo Tribunal Constitucional do Brasil possua características diversas de um Tribunal Constitucional nos moldes europeu: a exemplo de possuir as seguintes peculiaridades: integra o Poder Judiciário, o cargo dos juízes é vitalício, não sendo nomeados pelo Legislativo.

Mas nenhum desses argumentos apontado são capazes – *per si* ou isoladamente – de causar uma tão temida «juristocracia», a ponto de subjugar os demais poderes e, por conseguinte, a própria soberania do povo. Exemplo vivo disso foi um ocorrido no caso brasileiro: no julgamento conhecido por “mensalão”, em que a Corte foi firme em condenar grandes personalidades da política do país, principalmente parlamentares investidos em cumprimento de mandato. O então presidente da República, Lula da Silva, já havia escolhido e nomeado, durante seus 2 mandatos, 6 (seis) Ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, teria o mesmo desabafado que “todos esses ministros de esquerda que eu nomeei estão votando contra mim”, referência a sua pessoa que fez querendo mencionar os políticos do seu partido (PT, por terem sido condenados e presos, principalmente, o então ministro-chefe da Casa Civil do seu primeiro mandato (Desposato; Ingram; Lannes)²⁷”.

Não iremos nos deparar com um sistema perfeito como regra geral para todos os modelos de sociedade, no entanto, a jurisdição constitucional se apresenta como um caminho para mais encontros do que desencontros, na busca pela democracia madura e estável, haja vista que a própria democracia plena já se parece uma utopia, consoante revela Müller²⁸:

“O núcleo da democracia é: autodeterminação do povo por meio da autolegalidade (auto-nomia em grego) e da autofixação de normas. As pessoas praticamente referidas pelas normas, devem ter elas próprias criado essas normas. Nesse momento, já se revela uma primeira redução: somente uma população de deuses poderia se governar de forma democrática; nós, seres humanos, precisamos de pessoas para governar e de uma instituição especial, podemos criar apenas leis para o governo e a justiça. A segunda redução consiste na substituição da legislação direta pela Democracia representativa; a terceira se faz pela exclusão do mandato imperativo dos deputados; a quarta, pelo sistema presidencial (como no Brasil) ao invés do sistema parlamentar (como na Alemanha); a quinta, por instrumentos como o princípio da maioria dos votos e eleições ou por cláusulas parlamentares de veto ou de quórum.”

No paradoxo da modernidade, em que bem e mal se intensificaram exponencialmente, configurando uma sociedade com capacidade altamente construtiva e – concomitantemente – gravemente destrutível, em que as grandes conquistas da humanidade não têm sido bastantes, criando um mundo de grandes riquezas e maiores misérias, o Judiciário não podia se quedar inerte, limitando-se à função tradicional de aplicar o direito.

Não existe solução pronta, acabada e equânime. Existem diretrizes para que seja possível a instituição de um verdadeiro diálogo entre os poderes constituídos, como vem denominando a doutrina canadense, a partir da edição da *Canadian Charter of Rights*

²⁷ Apud NOVELINO, Marcelo. “A STF e a Opinião Pública”. SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 256.

²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* p. 73.

and Freedom, em 1982, que consubstanciou uma verdadeira revolução no sistema de controlo de constitucionalidade naquele país. Para os mais críticos, os ‘juízes estão ditando política’, enquanto para os defensores, os mecanismos institucionais da Charter fazem com que a Suprema Corte não tenha a palavra final sobre a constitucionalidade das leis, sendo suas decisões uma etapa apenas do processo de interpretação constitucional e infraconstitucional que envolve reações e repostas pelos Poderes Executivo e Legislativo e pela sociedade²⁹.

O Tribunal Constitucional Português, à evidência, foi concebido com pano de fundo nas teses kelsenianas que vislumbravam um legislador negativo, como bem delineou o seguinte relatório:

“[...] ou seja, como um órgão que se limita a anular actos normativos, em particular os emanados pelo parlamento, quando verifique que os mesmos são contrários à Constituição. Até o momento, a atitude clara e deliberadamente autocontida do TC português permite afirmar que o mesmo funciona com o figurino kelseniano. Não obstante, este Tribunal possui alguma margem de manobra em sede de controlo de constitucionalidade – designadamente, mas não somente, a consentida pela abertura das normas constitucionais (v.g., a necessidade de concretização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados presentes nas normas constitucionais) e a que resulta da aplicação do princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição –, a qual tem vindo aproveitar, sendo de registar a ocorrência de algumas sentenças ditas interpretativas. Mais do que isso, algumas sentenças proferidas por este Tribunal poderão, na opinião de alguns, enquadrar-se na categoria das sentenças aditivas substitutivas. Uma particular chamada de atenção para a faculdade que este Tribunal possui de modelar os efeitos da fiscalização abstracta sucessiva, podendo declarar a nulidade parcial em vez de nulidade total, efeitos prospectivos (*ex nunc*) ao invés dos efeitos retroactivos (*ex tunc*) e não repristinação em alternativa à repristinação da norma anteriormente revogada por aquela declarada inconstitucional, sempre que o justifiquem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepional relvo[...].”³⁰

As palavras supra, destarte, foram proferidas antes da chamada jurisprudência da crise, visto que até então o Tribunal Constitucional – realmente – demonstrava uma postura mais contida, o que foi alterado nos últimos anos, justificando um repensar nesse carácter quase de legislador negativo. Além de autorização constitucional para agir mais ativamente, consoante já observamos, houve – notoriamente – do seu papel tímido e comedido.

²⁹ AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. *Jurisdição, Constituição e Política*. p. 196-197.

³⁰ BENEDITA URBANO, Maria. “Relatório do Tribunal Constitucional Português. Separação de poderes e independência dos Tribunais Constitucionais e órgãos equivalentes”. 2ª. *Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional*

O Tribunal Constitucional Português, *hoc modo*, assim como as demais Cortes Constitucionais, pode assumir o papel mais participativo e dirigente, afinal, inobstante as críticas sobre participações pontuais, há casos em que esse aprofundamento se efetiva de modo menos traumático, como hipóteses de omissões legislativas, bem como na existência de casos considerados patológicos, ou no interesse das liberdades ou das instituições democráticas.

Vale a transcrição da lição de Palma³¹:

“A Constituição pronuncia, através do Poder dos juízes, os critérios concretos de uma racionalidade de limitação do poder do Estado pelo seu Direito. Esse Direito, no caso português, e muito por força da elevada consciência dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional, tem se tornado um Direito justificado pelos valores da dignidade da democracia.

O juiz constitucional é, no fundo, a «boca que pronuncia», no caso concreto, as palavras da Constituição. Por isso não é um legislador obstáculo.

Porém, a jurisdição constitucional não representa, como se verificou, um poder nulo, no sentido da configuração da Ordem Jurídica. Controlando a atividade de criação normativa dos tribunais, reconhece o «direito vivo» e pode recriá-lo ou reescrevê-lo de acordo com a Constituição. Na atividade de controle, dentro dos limites consentidos pela lógica da interpretação jurídica, as decisões constitucionais confirmam, alteram ou rejeitam a norma do caso ou impõem ao legislador uma resposta adequada à Constituição.”

Parece-nos - sem a pretensão de ser fiel à uma única e exclusiva ‘verdade’ - que uma constatação possível tem se verificado no facto de que a posição mais ativa e firme do Judiciário, na maioria das vezes, tem causado mais equilíbrio à tripartição dos Poderes Soberanos. Parece-nos que o direito contemporâneo caminha para um amadurecimento no sentido da ‘tripartição’, transformando-a numa efetiva participação colaborativa entre Executivo, Legislativo e Judiciário, ainda quando parte dessa função de controle esteja remetida a um Tribunal Constitucional, com característica autônoma em relação ao Judiciário. Parece-nos, ao fim e ao cabo, que foi o a participação tímida de Pilatos que crucificou o Cristo, ilustrada na citação de Rui Barbosa, na obra “O Justo e a Justiça Política”:

“[...] De Anás a Herodes o julgamento de Cristo é o espelho de todas as descções da justiça, corrompida pelas facções, pelos demagogos e pelos governos. A sua fraqueza, a sua inconsciência, a sua perversão moral crificaram o Salvador, e continuam a crucificá-lo, ainda hoje, nos impérios e nas repúblicas, de cada vez que um tribunal sofisma, tergiversa, recua, abdica. Foi como agitador do povo e subversor das instituições que se imolou Jesus. E, de cada vez que há precisão de sacrificar um amigo direito, um advogado de verdade, um protetor de indefesos, um apóstolo de ideias generosas, um confessor da lei, um educador do povo, é esse, a ordem pública, o pretexto, que renasce, para exculpar as transações dos juízes tíbios com interesses no poder. Todos esses acreditam, como Pôncio, salvar-se lavando as mãos de sangue, que

³¹ FERNANDA PALMA, Maria. O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição. p. 331.

vão derramar, do atentado, que vão cometer. Medo, venalidade, paixão partidária, respeito pessoal, subserviência, espírito conservador, interpretação restritiva, razão de estado, interesse supremos, como quer que te chames, prevaricação judiciária, não escaparás ao ferrete de Pilatos! O bom ladrão salvou-se. Mas não há salvação para o juiz cobarde.”³²

Referências

a) Obras impressas:

- AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. “Supremo Tribunal Federal, Política e Democracia”. *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 177-206 (Coord.) SARMENTO, Daniel, Forense, Rio de Janeiro, 2015. 728 p. ISBN 978-85-309-6381-1
- CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005, 18.^a ed. *Quid Juris?* Lisboa, 2014. 287 p. ISBN 978-972-724-690-8
- FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 7.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2012. 1696 p. ISBN 978-85-02-115507-7
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*, 6.^a ed. Almedina, Coimbra, 1993
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Almedina. Coimbra, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Coleção Pensamento e Filosofia, 47, Instituto Piaget, Lisboa, 111 p. ISBN 978-972-771-201-4
- LEI n.º 28/82, de 15 de Novembro. Lei orgânica sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional. Constituição da República Portuguesa de acordo com a revisão de 2005. 18.^a ed., *Quid Juris?* Lisboa, 2014. 287 p. ISBN 978-972-724-690-8
- MALHEIROS FIUZA, Ricardo Arnaldo. *Direito Constitucional Comparado*, 5.^a ed., 2.^a tiragem, Del Rey, Belo Horizonte, 2013. 470 p. ISBN 978-85-384-0267-1
- MENDONÇA, Eduardo. “A Jurisdição Constitucional como Canal de Processamento do Autogoverno Democrático”. *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 133-176. SARMENTO, Daniel, (Coord). Forense, Rio de Janeiro, 2015. 728 p. ISBN 978-85-309-6381-1

³² BARBOSA, Rui. *O Justo e a Justiça Política*.

- MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? NAUMANN, Peter, tradução; BONAVIDES, Paulo, revisão da tradução, 7.^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013. 126 p. ISBN 978-85-203-4868-0
- NOVELINO, Marcelo. “A STF e a Opinião Pública”. *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 243-272 SARMENTO, Daniel (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 2015. 728 p. ISBN 978-85-309-6381-1
- OSÓRIO, Aline. “Jurisdição e Política na França: A questão Prioritária de Constitucionalidade e o Novo Modelo de Jurisdição Constitucional Francês”. *Jurisdição Constitucional e Política*. p. 555-587, SARMENTO, Daniel (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 2015. 728 p. ISBN 978-85-309-6381-1
- REIS NOVAIS, Jorge. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: Resposta aos Críticos*. Almedina, Coimbra, 2014. 207 p. ISBN 978-972-40-5825-2
- ROBERTO BARROSO, Luís. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2015. 577 p. ISBN 978-85-02-22804-7
- ROBERTO BARROSO, Luís. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 6.^a ed. Saraiva, São Paulo, 2012. ISBN 978-85-02-15260-1
- SILVA VELLOSO, Caio Mário da. “Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade”. *Tratado de Direito Constitucional*. p. 599-620. SILVA MARTINS, Ives Gandra da; FERREIRA MENDES, Gilmar; VALDER DO NASCIMENTO, Carlos, (Coord.), vol. 1. 2.^a ed. Saraiva, São Paulo, 2012. 1528 p. ISBN 978-85-02-14386-9
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. “Controle de Constitucionalidade e Democracia: Algumas Teorias e Parâmetros de Ativismo”. *Jurisdição Constitucional e Política*. SARMENTO, Daniel (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 2015. 728 p. ISBN 978-85-309-6381-1

b) Obras digitais:

- ARAÚJO, António. “A Construção da Justiça Constitucional Portuguesa”. *Análise Social* [Em linha]. Vol. XXX (134), 1995. p. 918. [Consult. 22 Nov. 2015]. Disponível em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122338887401uVY4lu4Jo34YG6.pdf>
- ARISTÓTELIS. *A Política*. Rede de Direitos Humanos & Cultura [Em linha]. [Consult. 16 Nov. 2015]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf
- BARBOSA, Rui. *O Justo e a Justiça Política*. Casa Rui Barbosa [Em linha]. [Consult. 25 Nov. 2015]. Disponível em http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_O_justo_ea_justica_politica.pdf

- BENEDITA URBANO, Maria. “Relatório do Tribunal Constitucional Português. Separação de poderes e independência dos Tribunais Constitucionais e órgãos equivalentes”. 2ª. Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional. [Em linha]. 16 a 18 de Janeiro de 2011, Rio de Janeiro, [Consult. 14 Nov. 2015]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/biblioteca-relatorios.html>.
- BIELSCHOWSKY, Raoni. “O Poder Judiciário na Doutrina da Separação dos Poderes”. Revista de Informação Legislativa [Em linha]. Brasília a. 49, no. 195 Jul./Set. (2012), p. 274. [Consul. 16 Nov. 2015]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?sequence=1>
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. [Em linha]. [Consult. 27 Nov. 2015]. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>
- Corruption Perceptions Index, 25 January 2017. Transparency International [Em linha]. [Consult. 19 Maio 2017]. Disponível em https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table
- LOURTIE, Pedro. Portugal no Contexto da Crise do Euro. Relações Internacionais. [Em linha]. No. 32, Lisboa, Dez. 2011. [Consult. em Nov. 2015] Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n32/n32a05.pdf>
- FERREIRA MENDES, Gilmar. Voto no Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 3.510-MG. Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. Relator Min. AYRES BRITTO, julgado em 29/05/2008. [Consult. 26 Nov. 2015] Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>
- MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional em 2013. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. [Em linha]. ISSN 1138-4824, núm. 18, Madrid (2014), págs. 473-532. [Consult. 29 Nov.]. Disponível em <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1329&IDA=37123>
- FERNANDA PALMA, Maria Fernanda. “O Legislador Negativo e o Intérprete da Constituição”. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional [Em linha]. ISSN 1138-4824, núm. 12, Madrid (2008), págs. 319-332. [Consul. 9 Nov. 2015]. Disponível em <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=664&IDA=27232>
- SOUSA PINHEIRO, Alexandre. “A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013)”. Observatório da Justiça Constitucional (Instituto Brasileiro de Direito Público) [Em linha]. Ano 7, no. I, Jan./Jun. 2014. [Consul. 15 Nov. 2015]. Disponível em

<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/File/961/641>;

RAMOS, José da Ascensão. “Ativismo Judicial”. Verbo Jurídico [Em linha]. [Consult. 23 Nov. 2015] Disponível em http://www.verbojuridico.net/doutrina/2012/antonioramos_ativismojudicial.pdf

TROVÃO DO ROSÁRIO, Pedro. “Tribunal Constitucional: Un Legislador Negativo?” Revista de Derecho UNED. [Em linha]. Núm. 16, 2015. p. 713-740. [Consult. 22 Out. 2015]. Disponível em http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2015-16-7220/Tribunal_Constitucional.pdf

VON KESSEL, Julie. “Tribunal Constitucional Alemão Proíbe Crucifixo em Salas de Aula”. Made for Minds. [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2015] Disponível em <http://www.dw.com/pt/1995-tribunal-constitucional-alem%C3%A3o-pro%C3%ADbe-crucifixo-em-salas-de-aula/a-606984>

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

THE FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERNATIONAL FIELD

M.^a Candelaria del Pino Padrón¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canarias

Sumario: 1. Planteamiento; 2. Categoría y fundamentación internacional de los derechos humanos; 3. La protección internacional como garantía específica de los derechos humanos; 4. La proyección jurídica de los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo; 5. Conclusiones; Referencias

1. Planteamiento

Tras la Segunda Guerra Mundial, con el objeto de plasmar la primera declaración mundial sobre la dignidad y la igualdad, que se presumen a todos los seres humanos, surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos².

Autores tan destacados como Héctor Gross defienden que “la Declaración Universal de los Derechos Humanos pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera de los derechos humanos, elevándose en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza”³.

La Declaración Universal se erige en el cauce ideal a través del cual irrumpen, con gran fuerza, en la comunidad internacional los conceptos de dignidad e igualdad vinculados al ser humano, al que se le atribuye la titularidad de los mismos.

Esa defensa sobre la igualdad entre todos los seres humanos ya venía significativamente reseñada en la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776 donde se reconocía que “todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canarias (España)
Email:calutroule@gmail.com

² Declaración Universal de los Derechos Humanos irrumpe en la escena internacional como un auténtico ideal que ha servido de inspiración para todos los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

³ GROSS ESPIELL, H. *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

De la misma manera, la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 1 defiende que “Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. La finalidad de todas las asociaciones políticas es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada en 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas también establece un fundamental principio de igualdad en su artículo 1 donde reza que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se comprueba cómo los derechos de carácter personal quedan encuadrados en los artículos 3 al 11 de dicho texto, en alusión a la esfera más personal y esencial del ser humano.

En este sentido, en el artículo 3 se reconoce el derecho a la vida, que conforma, indiscutiblemente, uno de los pilares básicos de la Declaración y, por ende, de los derechos humanos. En la actualidad, sin lugar a dudas, el derecho a la vida opera como un auténtico pórtico de los derechos civiles y políticos que contiene la Declaración Universal.

Así, reconoce que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Desde la concepción de Paolo De Stefani, el derecho a la vida se convierte en un auténtico baluarte del resto de los derechos humanos, fortaleciendo el carácter indivisible e interdependiente de los mismos⁴.

Entiende así la comunidad internacional, en este momento histórico, que la esclavitud en todas sus formas supone, según Oraá, “una flagrante violación de los más básicos derechos fundamentales”⁵.

En cuanto a los derechos del individuo en relación con el grupo, se contemplan en los artículos 12 a 17. Así, en la misma Declaración se recoge, en el artículo 12, que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. En los artículos del 18 al 21 quedarían englobados los derechos y libertades de carácter político. Mientras que con la redacción de los derechos económicos, sociales y culturales, en los artículos 22 a 27, se produce el auténtico avance en el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

En la actualidad la protección internacional de los derechos humanos viene recogida en la Carta de las Naciones Unidas. Esta consideración viene avalada por no

⁴ DE STEFANI, P. “Il Diritto alla Vita e la sua tutela internazionale”, en AA.VV., DE STEFANI, P. y LEITA, F. *La Tutela iuridica Internazionale dei Diritti Umani*, Cedam, Padova, 1997, p. 33.

⁵ ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, p. 75.

pocos autores que reconocen que “cualquiera que sea el papel que quepa asignar a la regulación de determinados derechos de la persona humana en el pasado (libertad religiosa y de conciencia, prohibición de la esclavitud, derechos laborales, etc.), el hecho es que hasta la Carta de la Organización de las Naciones Unidas no encontramos un reconocimiento internacional de principio de los derechos humanos. Éste es indiscutiblemente uno de los méritos históricos de la Carta”⁶.

A pesar que la Declaración Universal no tiene un valor que adquiera naturaleza jurídica, ello no le impide ser reconocida como “la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un ‘derecho superior’, un higher law, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros. Pero es admisible incluso afirmar que la Declaración no carece de valor jurídico-positivo estrictamente hablando”⁷.

Así, aunque pueda entenderse la tesis de la auténtica base dogmática de la Declaración Universal, es concluyente la idea de que con ella se han dado enormes pasos para la humanidad en general y para todos y cada uno de los seres humanos en particular.

2. Categoría y fundamentación internacional de los derechos humanos

El debate que abre la categorización de los derechos humanos, viene definido por Pérez Luño cuando defiende que “los derechos humanos no son categorías filosóficas, jurídicas o políticas abstractas universales e intemporales, sino el resultado de una tradición y de unos sentimientos de identidad compartida entre quienes integran sociedades concretas e históricas”⁸. Esto nos lleva a la lógica respuesta de la configuración del individuo como parte de un grupo social y, por ende, la tutela de sus derechos inherentes debe estar garantizada con carácter universal. Esta pretendida universalidad que se le conceden a los derechos humanos, lleva implícita la responsabilidad de que éstos han de estar garantizados en todo momento y lugar.

La fundamentación los derechos humanos vienen configurados como aquellos derechos que resultan inmanentemente propios a la naturaleza humana. En este sentido, se presentan como derechos universales que limitan la acción de los poderes públicos. Autores como Luigi Ferrajoli, reconocen a los derechos humanos como “los derechos primarios de las personas”⁹.

⁶ TRUYOL Y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 37.

⁷ *Ibíd*em, p. 42.

⁸ PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 629.

⁹ FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001, pp. 293-299.

Dentro del ámbito Internacional, los derechos humanos son derechos inherentes e inmanentemente propios a la naturaleza humana¹⁰.

Sin embargo, el matiz que asumen los derechos fundamentales es, precisamente su positivización a través de su inclusión en el ordenamiento jurídico, es decir, a través de las Constituciones o instrumentos internacionales¹¹.

La aplicación del Derecho Internacional se encuentra vinculada al problema de la eficacia del orden jurídico internacional, para posibilitar el cumplimiento de sus funciones.

Así viene entendido por diversos autores cuando esgrimen que “el derecho es el instrumento indispensable para obtener dicha protección, puesto que organiza y conduce los esfuerzos de los gobernantes y gobernados para lograr uno de los fines esenciales de todo Estado democrático, que se apoya en el respeto y en la promoción de los derechos de la persona humana en sus dimensiones individual y social”¹².

Del reconocimiento del derecho internacional nace el derecho internacional de los derechos humanos, considerado como “una rama particular y propia”¹³.

Para Carrillo “La aparición de un nuevo consenso internacional en torno a las nociones de derechos humanos y democracia, como valores generalmente aceptados por la comunidad de naciones en su conjunto, y la afirmación de que el ser humano es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, constituyen extraordinarias innovaciones que hacen que, a diferencia del Derecho internacional clásico, la persona no pueda seguir siendo considerada como un mero objeto del Derecho internacional”¹⁴

Generalmente se afirma que, a diferencia del orden interno, el Derecho Internacional posee un grado muy reducido de eficacia.

En este sentido, se pronuncia Hierro cuando defiende que el soporte legal de los derechos humanos viene de la mano de su reconocimiento jurídico, puesto que “fundamentar nuestros juicios de valor es una consecuencia de nuestra racionalidad

¹⁰ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 54-61.

¹¹ *Ibíd.*, p. 61.

¹² FIX-ZAMUDIO, H. *Protección jurídica de los derechos humanos*, Comisión Nacional Derechos Humanos, México, 1991, p. 20.

¹³ SEPÚLVEDA, C. “La protección internacional de los derechos humanos”, en *Antología de clásicos mexicanos de los derechos humanos*, Tomo II, Comisión Nacional Derechos Humanos, México, 1993, p. 531.

¹⁴ CARRILLO SALCEDO, J.A. “Derechos humanos y derecho internacional”, *Revista de filosofía moral y política*, número 22, Madrid, 2000, pp. 69-82.

reflexiva y fundamentar juicios de valor de carácter moral es además un requisito necesario de su pretensión de universalidad”¹⁵.

Puede afirmarse no obstante, que cuantitativamente la eficacia del Derecho Internacional, en la práctica, no es inferior a la que se registra en el orden interno de los Estados. En cambio, desde el punto de vista cualitativo, el cumplimiento del Derecho Internacional es más problemático, pues se encuentra vinculado a la controvertida materia de la responsabilidad internacional del infractor, su imputabilidad y, en definitiva, a la aplicación coactiva de las normas internacionales.

En este punto, resulta destacable cómo el proceso de la globalización ha influido en la creación de Tratados en materia de protección de los derechos humanos.

A pesar de que este planteamiento no se había producido, sin duda el proceso globalizador es la respuesta inmediata a la aparición de diferentes tratados. Estos tratados son prueba de la voluntad de la comunidad internacional por proteger y salvaguardar los derechos humanos.

Resulta del todo destacable la consideración que lleva a cabo Carrillo Salcedo cuando resume los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en: “a) convenciones específicas, como las relativas a la prohibición de la esclavitud (Protocolo de enmienda a la Convención de 1926, adoptado en 1953 y entrado en vigor en 1955; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas, adoptada en 1956 y entrada en vigor en 1957); b) Convenios destinados a proteger a determinados grupos de seres humanos, como los relativos a refugiados (Convención sobre el estatuto del refugiado, adoptada en 1951 y entrada en vigor en 1954, y Protocolo sobre el estatuto del refugiado, adoptado en 1967 y entrado en vigor el mismo año); mujeres (Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, adoptado en 1952 y entrado en vigor en 1954, y Convención sobre nacionalidad de la mujer casada, adoptada en 1958 y entrada en vigor en 1958); apátridas. (Convención sobre el estatuto de los apátridas, adoptada en 1954 y entrada en vigor en 1960); víctimas de los conflictos armados (las cuatro Convenciones de Ginebra, adoptadas el 12 de agosto de 1949 y entradas en vigor en octubre de 1950); etc. c) Por último, tratados orientados a la prohibición de la discriminación, entre los que destaca la Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en 1965 y entrada en vigor en 1969”¹⁶.

Los sujetos internacionales, en la práctica, observan y aplican las normas internacionales tanto o más que los individuos en el orden jurídico interno.

¹⁵ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. L. “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, AA.VV. Elías Díaz y Jose Luis Colomer (eds.) en *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, p. 41.

¹⁶ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 79-80.

La aplicación de las normas internacionales corresponde a los propios sujetos, y en tal sentido los Estados, sujetos principales, las aplican y cumplen no sólo por el compromiso jurídico internacional que suponen tales normas, sino también porque en muchos casos las incorporan a su Derecho interno y, consecuentemente, son aplicadas por sus propios órganos.

La protección internacional de los derechos humanos se incardina en un ámbito de responsabilidad Estatal determinado, al menos de inicio. En este sentido, los Estados de derecho recogen en el espíritu constitucional estas normas.

Cuando el Derecho Internacional recoge normativa derivada de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Estados Parte se comprometen con unos principios básicos de protección y tutela. Derivado de lo cual, se puede considerar que en un Estado de derecho este cumplimiento se lleva a cabo de forma taxativa o al menos, con mayor énfasis.

Así, Norberto Bobbio afirma que “en el empeño de salvaguardar y proteger los derechos humanos en el ámbito del Estado de Derecho, se hace necesario ubicarlos en un contexto constitucional, con la finalidad de defender al individuo de los abusos de poder”¹⁷.

Se esgrime este argumento por cuanto, los derechos humanos en un entorno de Estado constitucional, adquieren una capacidad evolutiva mayor que en otro tipo de Estados.

No obstante, puede ocurrir que el Estado no cuente con los instrumentos adecuados, o bien disponiendo de ellos, éstos adolezcan de la eficiencia necesaria para desplegar su labor protectora.

De tal manera, en aras de proporcionar las herramientas necesarias para dotar de la debida protección a los derechos humanos en el campo internacional, se constituyen las organizaciones e instituciones internacionales con el afán de velar por la protección y el efectivo cumplimiento de los mismos.

De acuerdo con esos argumentos, se constata que no todos los Estados poseen los mecanismos adecuados para enfrentar las condiciones necesarias de una superior implantación de los derechos humanos.

Sobre la base de las ideas expuestas, señala Bobbio que el problema grave y cada vez más urgente de los derechos humanos no lo constituye su fundamento sino su efectiva protección e identificar cuál es el modo más seguro para garantizarlos¹⁸.

¹⁷ BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 21.

¹⁸ BOBBIO, N. “Presente y Porvenir de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Número 1, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981, pp. 9-28.

En esa línea, se afirma la necesidad de que el Derecho Internacional, así como otros tipos de instrumentos igualmente válidos, colaboren en la construcción de las bases adecuadas para la implantación y ejercicio de los derechos humanos.

En este orden de cosas, no sólo deviene necesario, sino además imprescindible, establecer un marco jurídico internacional presidido por la idea de un Estado de Derecho Internacional dotado de reglas que contribuyan a garantizar el respeto efectivo de los derechos humanos, que sean debidamente reconocibles por el individuo como sujeto obligado, en última instancia, a su debida observancia.

Desde esta perspectiva, se entiende que la comunidad internacional se encuentre vinculada a los numerosos instrumentos jurídicos que tienen, como naturaleza común, la salvaguarda de los derechos humanos¹⁹.

A partir de esta premisa, los Estados se ven compelidos a la asunción normativa que deviene de estos compromisos internacionales, positivizando en su propio ordenamiento jurídico interno todas aquellas normas consensuadas en el foro internacional.

Por lo que puede afirmarse que la incorporación paulatina de los derechos humanos en las distintas constituciones y leyes estatales dota a éstos de vestiduras de protección, tutela y garantías mayores.

Con ello, se da paso a un nuevo modelo de Derecho Internacional. En este sentido, afirma Cançado Trindade que el derecho internacional se ha reconstruido “con atención a los derechos inherentes a todo ser humano”²⁰, de tal forma, la universalidad se constata plausiblemente en cada paso de esa internacionalización.

No obstante, a tal respecto Ferrajoli defiende que la universalidad que pretende defenderse con respecto a los derechos humanos, con independencia que resulte plasmada en múltiples documentos nacionales e internacionales no es más que una aspiración²¹.

En su virtud, defiende que el Derecho Internacional ha confluído “desde un ordenamiento de simple regulación hacia un instrumental jurídico sobre todo de liberación del ser humano”²², por cuanto ha ido desplazándose desde un patrón básico hasta conformarse en un ordenamiento jurídico completo.

¹⁹ CASTILLO DAUDÍ, M. *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 15-19.

²⁰ CANÇADO TRINDADE, A. A. “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Internacional”, en AA.VV., CANÇADO TRINDADE, A. A. y RUIZ DE SANTIAGO, J. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003, pp. 63-64.

²¹ FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006, p. 57

²² *Ibidem*, pp. 63-64.

En esa línea, desde esta perspectiva, se aprecia un cambio integral en el que “los antiguos parámetros del derecho clásico de la paz y de la guerra”²³, han ido dando lugar a nuevas mentalidades y sistemáticas normativas.

Por su parte, defiende la virtual relevancia que adquieren, en este sentido, “las nuevas demandas y desafíos de la vida internacional, con mayor énfasis en la cooperación internacional”²⁴.

Esta reformulación que se propone del derecho Internacional, implica la génesis de un nuevo derecho en la escena supranacional, donde el individuo se convierte de forma indiscutible en un auténtico sujeto, titular de los propios derechos que le corresponden por su condición y que resultan de la respuesta que proporciona el contenido de los derechos humanos.

Por tanto, en este se sentido, se abre un debate que requiere de un nuevo planteamiento en materia de relaciones internacionales que tengan como objetivo avalar, con plenas garantías, la acción protectora del ejercicio que suponen los derechos fundamentales de la persona. Todo ello, hace necesario el desarrollo de un marco jurídico internacional que proporcione las garantías ineludibles para su plena efectividad.

Para la profesora Santana el marco jurídico internacional en la actualidad juega un “papel clave en el diálogo intercultural, así como en la adopción de medidas que detentan unos mínimos exigibles de reconocimiento a todas las culturas. De lo contrario, resulta incompatible con el discurso de los derechos humanos la existencia de grupos con situación de inseguridad o discriminación, por no compartir con la o las culturas hegemónicas sus tradiciones culturales”²⁵. Puesto que de lo contrario, “si no se respeta el ideario de los contenidos reconocidos por los derechos humanos de forma generalista, no puede hablarse de derechos universales”²⁶.

La indeterminación que pueda ofrecer el reconocimiento de derechos naturales en las políticas públicas o políticas internacionales no puede resultar un obstáculo para entender a los derechos humanos como auténticos derechos subjetivos²⁷. Puesto que, “los textos internacionales son el soporte material de esos derechos y, por tanto, un referente bien explicitado de lo que debe entenderse por cada uno. De hecho, lo que se viene exigiendo es la concreción de esos principios, que gozarían del apoyo de los instrumentos políticos y jurídicos del Derecho Internacional. Además, serían el resultado del esfuerzo realizado por las naciones para alcanzar un consenso sobre ellos y un

²³ *Ibidem*, pp. 64-65.

²⁴ *Ibidem*, pp. 64-65.

²⁵ SANTANA RAMOS, M.E. *La dignidad como principio consagrador del libre desarrollo de la personalidad*, La casa del Abogado, Las Palmas de Gran Canaria, 2014, p. 124.

²⁶ *Ibidem*, p. 124.

²⁷ SANTANA RAMOS M.E. “Los derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa” *Cadernos de Dereito Actual*, número 6, 2017, p. 187.

compromiso que deben regir sus relaciones”²⁸, lo que implica un consenso con el ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Sobre la cuestión, se pronuncia Bobbio cuando reconoce que “las cartas de declaración de derechos del hombre en la sociedad internacional no son más que meras propuestas o directivas para una futura legislación, y que sólo pueden ser consideradas “cartas de derecho” cuando el sistema internacional implanta los órganos y dispone de los poderes necesarios para hacerlos valer siempre que fueran violados”²⁹.

Aunque mucho ha caminado la normativa internacional en el aseguramiento de los derechos de libertad, aún en nuestros días está presente la idea que identifica las solemnes Declaraciones, Cartas y Tratados con meros dogmas o principios sin respaldo del ordenamiento jurídico. No obstante a ello, la humanidad intenta con estos dogmas idearios proteger al más débil, al más vulnerable continuamente.

Así, puede afirmarse que “las declaraciones universales y regionales confirmaron el estado ilegal de la esclavitud, ayudando a establecer su prohibición como parte del Derecho Internacional consuetudinario y del *ius cogens*. La serie siguiente de tratados refinaron la definición de la esclavitud para abordar sus manifestaciones más modernas. Estos también declararon ilegal a la esclavitud, reconociéndola como un crimen con jurisdicción universal. De ese modo, cualquier Estado que tenga detenido a un individuo que haya participado en actividades de esclavitud o en el comercio de esclavos debe procesarlo, sin importar su nacionalidad, o entregarlo a las autoridades de otro Estado para ser procesado”³⁰.

De acuerdo con esa condición y para abordar las formas más generalizadas de la esclavitud y del tráfico de seres humanos en la actualidad, se promulgó el Acta para la Protección de Víctimas del Tráfico de Seres Humanos³¹.

Todos los acuerdos internacionales limitan la definición de esclavitud a las condiciones relacionadas con la posesión, aun cuando el Estado no tiene que demostrar esta posesión. Incluso para que se aplique la ley en los casos de tráfico de seres humanos, el Acta para la Protección de Víctimas del Tráfico de Seres Humanos exige que se haya usado la fuerza, el fraude o la coerción³².

En este sentido, “el régimen jurídico que se ha desarrollado para prohibir la esclavitud de apropiación y para enfrentar las formas más recientes del tráfico de seres

²⁸ ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 63.

²⁹ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 82.

³⁰ WELTON, M.D. “El Derecho Internacional y la esclavitud”, *Military Review*, Mayo-junio, EUA, 2000, p. 59.

³¹ *Ibidem*, p. 64.

³² *Ibidem*, p. 64.

humanos ha congregado la observancia oficial casi universal, pero no debemos garantizar su eliminación basados en los éxitos alcanzados en el pasado”³³.

3. La protección internacional como garantía específica de los derechos humanos

La evolución gradual que ha sufrido la concepción sobre el reconocimiento de la existencia de unos derechos que resultan inmanentemente propios a la naturaleza humana, nos hace comprobar que el “término derechos humanos es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos”³⁴.

Cuando se hace referencia a tutela de los derechos humanos no se está haciendo otra cosa que referir la defensa de los mismos en un espacio donde confluyen espacios netamente diferenciados en cuanto a organización, o herramientas para su efectiva materialización. Dicho esto, la protección de los derechos humanos se identifica con las medidas de protección que se pueda llevar a cabo ese objetivo declarado que no es otro que garantizar y proteger los bienes jurídicos sin exclusión³⁵.

En este sentido, “los derechos humanos, entendidos como demandas morales o como derechos de Derecho internacional general, no requieren conceptualmente de garantías para su existencia”³⁶. A entender de Gómez de Liaño “ningún sistema jurídico resulta suficiente con la declaración programática de unos derechos para que éstos resulten protegidos”³⁷. Junto a la enunciación de un catálogo de derechos es necesario establecer su garantía jurisdiccional de modo que el particular pueda acudir a un tribunal cuando considere que sus derechos han sido vulnerados. Ciertamente, “un sistema jurídico que defina derechos...pero no establezca mecanismos que garanticen su efectividad se convierte en letra muerta”³⁸.

Puede también establecerse que “las garantías de los derechos se encuentran fuera del contenido de los mismos. Especialmente en relación con el deber estatal de

³³ *Ibíd.*, p. 64.

³⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, p. 21.

³⁵ PÉREZ LUÑO, A.E. *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 207.

³⁶ ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama Editorial, Madrid, 2005, p. 123.

³⁷ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15 – 2º, semestre, 2008, p. 214.

³⁸ SANZ CABALLERO S. “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 17, año 8, 2004, pp. 118.

protección de los derechos de defensa, a veces se produce, bien una confusión, bien un trasvase de facultades desde el contenido a la garantía, o viceversa”³⁹.

Las garantías de los derechos humanos, dentro de la esfera internacional, se van a desarrollar desde dos ámbitos diferenciados, uno de ellos supraestatal universal, constituido por la actividad que lleva a cabo la Organización de las Naciones Unidas. Y un segundo ámbito supraestatal regional, que despliega su actividad en grupos de Estados circunscritos en una misma región o continente, señalando las tres Organizaciones de carácter regional que disponen de instituciones de carácter permanente para la protección de los derechos humanos, como son el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana.

Dentro del referido ámbito supraestatal universal, es incuestionable la importancia histórica para la ulterior defensa y protección de los derechos humanos que ostenta la “Carta Internacional de Derechos Humanos”, que se integra por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, el de 10 de diciembre de 1948, elabora el documento que por excelencia consagra una serie de derechos considerados básicos para el ser humano. De esta forma se lleva a cabo una enumeración exhaustiva de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona, pretendiendo establecer un sistema razonable y eficaz de realización de los mismos.

La Declaración proclama el ideal común de los derechos humanos que han de servir de paradigma a todas las Naciones del mundo, como principal fuente de inspiración, en el desarrollo de los instrumentos nacionales e internacionales que aseguren y garanticen la protección y el reconocimiento universal de los derechos que en ella se establecen.

En la Declaración Universal podemos apreciar dos partes bien diferenciadas, en primer lugar una parte “dogmática”, conformada por el Preámbulo y sus dos primeros artículos, donde se establecen los presupuestos y directrices que sirven de fundamento para la concepción de los derechos garantizados en ella.

En este sentido, “las garantías de los derechos pueden ser de tipo objetivo o subjetivo. Las primeras tienen lugar al margen de los intereses concretos de una persona individual: la rigidez constitucional, el control abstracto de constitucionalidad y la reserva de ley son ejemplos de ello. Las garantías subjetivas responden a la función primera de los derechos, la protección, normalmente ante tribunales nacionales o internacionales, de las personas concretas mediante la técnica del derecho subjetivo”⁴⁰.

³⁹ *Ibídem*, p. 123.

⁴⁰ *Ibídem*, p. 124.

De tal forma quedan proclamadas la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad y la paz en el mundo como base indiscutible de los derechos y libertades de los que son titulares todos los seres humanos. Así, se contempla en su artículo segundo que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁴¹.

En este punto, resulta destacable lo contemplado por la Asamblea General de Naciones Unidas, cuando defiende que “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción”. Esa pretendida universalidad resulta el ideal de reconocimiento que basado en la percepción de los derechos que corresponden a todos los seres humanos por el hecho de serlos, aunque en este sentido, el profesor Fernández plantea la titularidad de los derechos debe estar determinada para su concreción⁴², y por ello, esa pretendida universalidad debe constituir una guía en los operadores jurídicos en el ejercicio de su actuación⁴³.

En cuanto al resto de los derechos contemplados en la Declaración quedan encuadrados en dos grupos. Un primer grupo, constituido por los derechos y libertades de carácter personal. Y, por otro lado, el segundo grupo quedaría conformado por los llamados derechos sociales y culturales, de los que son titulares todas las personas en cuanto a que pertenecen a una misma sociedad.

Así configurada, la Declaración se erige como un auténtico catálogo que comprende y aglutina todos los derechos humanos.

Mérito indiscutible que se atribuye a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la consecución del consenso internacional para la defensa y protección de los derechos humanos, carentes hasta ese momento de protección internacional, tras las atrocidades perpetradas durante la Segunda Guerra Mundial.

Este documento supone la mayor internacionalización de la tutela de los derechos humanos, que en palabras de Carrillo Salcedo, tiene la virtud de la “interpretación auténtica de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos

⁴¹ Así reza en el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando se consagra el principio de igualdad desde una proyección universal.

⁴² FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 2001, p. 102.

⁴³ *Ibídem*, p. 102.

humanos”⁴⁴ e “interpretación legítima de las normas de la Carta relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los derechos humanos”⁴⁵, incluso como “un elemento clave de la estructura constitucional del Derecho internacional contemporáneo”⁴⁶.

No obstante, la Declaración adolece, de forma manifiesta, de mecanismos de control y garantía de los derechos debido, principalmente, a las grandes barreras ideológicas que separan en este momento histórico a los distintos Estados.

El principal problema radica en que determinados países no están dispuestos a ceder parte de su soberanía para establecer unos mecanismos internacionales de garantía y protección de los derechos que se proclaman. Como consecuencia de ello, la Declaración queda configurada, en sus orígenes, como una mera declaración de intenciones. Según palabras de Narciso Martínez, “declaración manifiesto”⁴⁷, adquiriendo puramente un valor declarativo y, por tanto, exenta de valor jurídico vinculante para los países que la avalan.

Dicho esto, no podemos obviar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adquiere su verdadera fuerza y proyección por su inmenso valor moral.

No en vano, es capaz de crear el espacio idóneo donde países, históricamente enfrentados y con ideologías diametralmente opuestas, alcanzan el consenso acerca de un catálogo mínimo de derechos humanos que deberían ser respetados y protegidos por todos. En consecuencia, cabe destacar la trascendencia que adquiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales a nivel universal.

Es en este sentido, donde la universalidad de la Declaración adquiere distintas lecturas. Norberto Bobbio afirma que con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cuestión del fundamento de los derechos está resuelta por la propia Declaración que “representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez”⁴⁸.

Así, Bobbio concibe la Declaración Universal como manifestación de un acuerdo universal sobre un concreto sistema de valores. De esta forma queda reflejado cuando expresa: “no sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia en cuanto que, por vez primera en la historia,

⁴⁴ CARRILLO SALCEDO, J. A. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, cit., p. 69.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁷ MARTÍNEZ MORÁN, N. “Los medios de Protección”, AA.VV. Benito Castro Cid (coord.) *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003, p. 228.

⁴⁸ BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, cit., p. 64.

un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra”⁴⁹.

Tal es la visión de Bobbio, cuando entiende que los derechos contemplados en la declaración Universal encuentran su justificación como derechos universales. La dificultad estriba, por tanto, en la forma en que esos derechos han de quedar garantizados y protegidos. A este respecto, se plantea que “el problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”⁵⁰.

Aunque se debe esperar que una vez que los derechos han sido consensuados por la comunidad internacional, todos los esfuerzos han de ser dirigidos a crear mecanismos de garantía y protección pues, de otro modo, sólo operan en el plano de la mera declaración solemne, adoleciendo de efectividad.

4. La proyección jurídica de los derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo

Llevando a cabo una mirada retrospectiva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, desde la óptica actual, podemos apreciar la manera en que armoniza, de forma magistral, la categorización de las distintas clases de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. En cierta forma, se ha de entender, se anticipa con ello a los debates sobre la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

Así, se da paso a un nuevo Derecho Internacional en el que los Estados van a asumir nuevos compromisos internacionales en materia de derechos humanos, con respecto a la sociedad en su conjunto. La Declaración, por tanto, según Carrillo Salcedo, se constituye como el pilar basal sobre el que se asienta el sistema universal de promoción y protección de los derechos humanos⁵¹.

Los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos constituyen la respuesta del fenómeno globalizador en ámbito de protección de los mismos. En este

⁴⁹ BOBBIO, N. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 66.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 64.

⁵¹ CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, cit., pp. 30 y ss.

sentido, pueden identificarse tres medios perfectamente reconocibles, el sistema europeo, el americano y el africano.

A pesar de que los sistemas regionales cuentan con distintas formas de protección, tienen un objetivo en común y éste no es otro que garantizar, en todo caso, la protección de los derechos humanos.

Aunque, si bien es cierto que la Declaración adolece en sus orígenes de escaso valor jurídico, no es menos cierto que su obligatoriedad moral es indiscutible, siendo a través del transcurso de los años como sus principios fundamentales han adquirido la condición de normas que todos los Estados deben respetar.

Como hemos señalado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos no se caracteriza por ser un documento jurídico de naturaleza vinculante, circunstancia ésta que no obsta, para que este emblemático documento constituya, en palabras de Antonio Truyol, “indudablemente la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, representada en la ONU y, como tal, fuente de un derecho superior”⁵², un “higher law”, cuyos principios no pueden desconocer sus miembros. Pero es admisible incluso, afirmar que la Declaración no carece de valor jurídico-positivo estrictamente hablando”.⁵³

De tal forma, que el auténtico desarrollo normativo de los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vienen de la mano de la Organización de las Naciones Unidas, institución que se erige como principal fuente normativa del Derecho Internacional contemporáneo.

En este sentido, toda la comunidad internacional reconoce a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como norma básica, constituyendo el paradigma a seguir por todos los pueblos para conformar la normativa que dé protección y garantía a los derechos humanos que en ella se proclaman. Con este enfoque se proyectan en la Comunidad Internacional, según el profesor Martínez, con “tal fuerza y grado de adhesión que han sido considerados como preceptos jurídicos de derecho consuetudinario”⁵⁴ lo que deriva en un consenso mundial en cuanto a su exigibilidad y por ende, a su valor jurídico.

Con la finalidad de dar respuesta al debate que se plantea en la comunidad internacional sobre la obligatoriedad jurídica de los derechos proclamados en la Declaración Universal de 1948, la Organización de las Naciones Unidas encomienda a la Comisión de Derechos Humanos la labor de crear los instrumentos que vinieran a superar el obstáculo de la referida obligatoriedad. De tal forma se elaboran el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” y el “Pacto Internacional

⁵² TRUYOL y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*, cit., p. 42.

⁵³ *Ibíd.*, p. 42.

⁵⁴ MARTINEZ MORÁN, N. “Reconocimiento y Protección Internacional”, en AA.VV., Benito de Castro Cid (coord.) *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003, pp. 229-230.

de Derechos Civiles y Políticos”, ambos suscritos en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recoge en su espíritu la garantía y tutela de los derechos civiles y políticos, proclamados previamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tales como el derecho a la vida, a la intimidad, a un proceso justo, a la igualdad ante la ley y a la prohibición de las torturas, entre otros derechos.

En los cinco primeros artículos de este pacto se contemplan aquellas previsiones que con carácter general han de presidirlo. Destacando entre ellas la cláusula de derogación, prevista en el artículo 4, donde se contempla la posibilidad de que algunos derechos puedan quedar suspendidos “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”⁵⁵.

En este sentido, la cláusula de suspensión o derogación de determinados derechos queda condicionada, según plantea Carmen Márquez, a “la observancia de dos requisitos imprescindibles, en primer lugar que la situación sea de un carácter excepcional que ponga en peligro la vida de la nación y por otro, que el Estado haya proclamado oficialmente el Estado de excepción”⁵⁶.

Entre esos requisitos imprescindibles para que se pueda producir la suspensión de los derechos, ésta además no ha de suponer ningún tipo de discriminación fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. En cualquier caso, dicha suspensión se llevará a cabo mediante previa comunicación oficial a los demás Estados Parte, a través del conducto oficial de las Naciones Unidas, teniendo siempre presente el hecho de que, cuando se declara un Estado de excepción, normalmente lleva aparejada una violación sistemática de los derechos humanos⁵⁷.

Por lo que, si bien a través de la obligación normativa consensuada de los Estados en los Pactos y Convenciones se crean sistemas de suspensión, éstos han de limitarse a ocasiones en que se cumplan las previsiones excepcionales.

No obstante, se establece un mecanismo de garantía especial para aquellos derechos considerados como núcleo duro de este Pacto.

⁵⁵ Así viene contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos donde queda patente la idea de no permitir que en ninguna situación, ni siquiera en periodo de guerra, dejar sin efecto los artículos que protegen los derechos fundamentales a la vida, al reconocimiento de la propia personalidad jurídica, a no ser sometido a tortura ni esclavitud, a la libertad de pensamiento conciencia y religión y el derecho a no ser encarcelado únicamente por no poder cumplir una obligación contractual, no ser condenado por haber cometido un delito que en el momento de su ejecución no se encontraba tipificado penalmente. Convenio Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁵⁶ MÁRQUEZ CARRASCO, C. “Logros y Desafíos en el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Número 52, Bilbao, 2008, p. 30.

⁵⁷ MARTINEZ MORÁN, N. “Reconocimiento y Protección Internacional, cit., p. 231.

En este mismo sentido, el artículo 4, en su segundo apartado, recoge, sin distinción entre el periodo de paz o de guerra, que bajo ninguna circunstancia puede recaer esa suspensión sobre los siguientes derechos fundamentales: el derecho a la vida, al reconocimiento de la propia personalidad jurídica, a no ser sometido a torturas ni esclavitud, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a no ser encarcelado únicamente por no poder cumplir una obligación contractual y el derecho a no ser condenado por haber cometido una acción que, en el momento en que se llevó a cabo, no estaba sancionado penalmente.

Es destacable lo contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 28, como mecanismo de garantía y control en la efectividad de los derechos fundamentales, la creación del Comité de Derechos Humanos.

Este Organismo se crea con la finalidad de supervisar el cumplimiento e implementación de lo prevenido por el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Se compone de dieciocho miembros, elegidos entre los nacionales de los Estados Parte, por votación secreta de una lista integrada por personas de reconocido prestigio en la lucha por los derechos humanos y que ejercen sus funciones a título particular. El Comité de Derechos Humanos lleva a cabo, generalmente, tres sesiones plenarias al año en su sede de Ginebra o de Nueva York. En cuanto a la toma de decisiones, se lleva a cabo mediante el quorum de doce de sus miembros por mayoría simple, no obstante, el Comité procura buscar el consenso para cada una de sus decisiones.

Entre las distintas funciones y competencias que tiene atribuidas el Comité de Derechos Humanos, la profesora Márquez destaca principalmente, recibir y examinar los informes que los Estados Parte deben enviar, señalando las medidas que se están tomando en su jurisdicción para implementar los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así como la adopción de observaciones generales, orientadas a asesorar a los Estados parte para dar efecto a las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante el análisis e interpretación de las obligaciones contenidas en dicho tratado⁵⁸.

Además actúa también recibiendo y examinando comunicaciones individuales, de acuerdo con el procedimiento señalado en el Protocolo y examinar las comunicaciones hechas por un Estado Parte hacia otro que no está cumpliendo con las obligaciones asumidas en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, “en los últimos años comienza a vislumbrarse una cierta potenciación de los mecanismos internacionales de protección de los derechos, limitando en parte la otrora absoluta soberanía de los Estados; el ejemplo más

⁵⁸ MÁRQUEZ CARRASCO, C. “Logros y Desafíos en el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, cit., p. 30.

importante de esta tendencia es la reciente puesta en marcha de la Corte Penal Internacional, creada por el Convenio de Roma de 1998”⁵⁹.

De manera creciente, “el respeto a los derechos humanos se convierte en un marchamo de honorabilidad para los Estados e incluso en una exigencia para su aceptación en determinados foros y organizaciones internacionales (por ejemplo, artículos I-2 y I-58.1 de la Constitución Europea). De esta forma, se ha flexibilizado el principio de «no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados» (artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas), gestándose, siquiera tímidamente, un nuevo principio de intervención de la comunidad internacional por razones humanitarias”⁶⁰.

De forma incipiente, se constata la apertura de vías de acceso directo de los individuos ante las instancias internacionales, a imagen de la amplia legitimación ya lograda en el plano regional. Con esta esperanza, se atisba en un futuro próximo una tendencia que se consolida y amplía el desarrollo de las garantías de los valores de los derechos humanos en la amplia comunidad internacional.

5. Conclusiones

Esta reformulación que se propone del Derecho Internacional, implica la génesis de un nuevo derecho en la escena supranacional, donde el individuo se convierte de forma indiscutible en un auténtico sujeto, titular de los propios derechos que le corresponden por su condición y que resultan de la respuesta que proporciona el contenido de los derechos humanos. En este sentido, “la expresión ciudadanía universal⁶¹ recupera todo su significado como paradigmática expresión de la idea de igualdad entre los hombres en tanto les hace a todos igualmente partícipes de la titularidad y ejercicio de los derechos”⁶².

Por tanto, en este sentido, se abre un debate que requiere de un nuevo planteamiento en materia de relaciones internacionales que tengan como objetivo avalar, con plenas garantías, la acción protectora del ejercicio que suponen los derechos fundamentales de la persona. Todo ello, hace necesario el desarrollo de un marco jurídico internacional que proporcione las garantías ineludibles para su plena efectividad.

El desafío actual consiste en establecer instrumentos de protección internacionales que garanticen la efectividad de los Tratados y Convenciones

⁵⁹ ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama Editorial, Madrid, 2005, p. 146.

⁶⁰ *Ibídem*, p. 146.

⁶¹ Expresión de la autora.

⁶² ESTER SÁNCHEZ, E.T., “Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante”, *Revista de Derecho*, UNED, número 17, Madrid, 2015, p. 692.

Internacionales, que no se diluyan como papel mojado ante las vejaciones y tropelías que cometen distintos Estados, que con total impunidad violan sistemáticamente los derechos humanos. Así como contrarrestando los efectos de la globalización, que a través de la expansión transnacional de grandes estructuras económicas y financieras, originan un nuevo orden caracterizado por las grandes desigualdades sociales. Los derechos fundamentales, desde la protección internacional han de ser el eje conductor de políticas orientadas a cuestiones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de asuntos de política interior coordinando cuestiones relativas políticas de asilo, flujos migratorios, haciendo especial énfasis en las políticas en materia de terrorismo que actualmente preocupa a la comunidad internacional.

Entiende por su parte Berraondo que “como resultado de la evolución que los derechos humanos han experimentado durante la segunda mitad del siglo pasado, nos encontramos con el desarrollo de un extenso cuerpo normativo para proteger el ejercicio y disfrute de los derechos humanos en todo el mundo”⁶³.

Aunque, “paralelamente a la creación de estas normas internacionales, se han gestado una serie de mecanismos internacionales para garantizar la protección de los derechos humanos, que ni mucho menos se encuentran ya completamente definidos, pero que intentan salvaguardar de la manera más efectiva el respeto de los Estados y de la sociedad a los derechos humanos”⁶⁴.

Por ello, puede afirmarse que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario comparten el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad de todos, con una base primera única, el valor fundamental de los derechos humanos en todo ámbito y lugar.

A lo largo de los años, la Asamblea General, la Comisión de Derechos Humanos y, más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos han considerado que, en las situaciones de conflicto armado, las partes en el conflicto tienen obligaciones jurídicamente vinculantes en relación con los derechos de las personas afectadas por el conflicto.

El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, pese a ser diferentes en su alcance, ofrecen varias formas de protección a las personas en el contexto de los conflictos armados, tanto si se trata de civiles como de personas que ya no participan directamente en las hostilidades o de partes activas en el conflicto⁶⁵.

⁶³ BERRAONDO LÓPEZ, M. Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 51.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 51.

⁶⁵ Véase en este sentido, ÁLVAREZ MOLINERO, N. “La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes”, *La declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 158.

En efecto, como se ha reconocido, entre otros, por los tribunales internacionales y regionales, así como los órganos de tratados, los procedimientos especiales de derechos humanos y los órganos de las Naciones Unidas, ambos conjuntos normativos se aplican a las situaciones de conflicto armado y proporcionan otras tantas protecciones, que se complementan y refuerzan mutuamente.

En torno a ello, diversos autores denuncian la escasa disponibilidad del mecanismo de reclamaciones de particulares que se consideren víctimas de violaciones de derechos humanos, ya que, únicamente están previstos en cinco de los Tratados de derechos humanos adoptados en el seno de Naciones Unidas⁶⁶.

Derivado de lo cual, y siempre según el profesor Villán Durán, nace el procedimiento 1235. Que se define como “un conjunto de órganos especiales de investigación de violaciones graves y masivas de derechos humanos, ya sean de carácter geográfico o temático, de diferente denominación, que han sido establecidos por la Comisión de Derechos Humanos, sobre una base extra-convencional, para ofrecer a las víctimas de las violaciones un cauce procesal a través del cual poder estudiar sus denuncias, con una finalidad originariamente promocional y global de los derechos humanos ante situaciones de violaciones masivas de los mismos. Posteriormente tales órganos especiales de investigación han ido asumiendo gradualmente facultades de protección, primero por razones humanitarias y cada vez más en aplicación de las normas jurídicas internacionales en materia de derechos humanos, de las víctimas individualizadas en las denuncias”⁶⁷.

En definitiva, se parte de la consideración que el argumento decisivo de la protección y garantía de los derechos humanos en la praxis consiste en vincular las violaciones de derechos humanos con la idea de que constituyen serias amenazas a la paz y la seguridad internacionales.

Referencias

- ÁLVAREZ MOLINERO, N. “La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes”, *La declaración universal de derechos humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁶⁶VILLÁN DURÁN, C. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Institut Internacional des Droits de l'Homme, Estrasburgo, 1994, p. 194 y en CARRILLO SALCEDO, J.A. Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo, cit., p. 86.

⁶⁷ GÓMEZ DEL PRADO, J.L. “La Protección extraconvencional de los derechos humanos”, en Felipe Gómez Isa (dir.) y Jose Manuel Pureza, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 353 - 392.

- BERRAONDO LÓPEZ, M. Los derechos humanos en la globalización. Mecanismos de garantía y protección, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.
- BOBBIO, N. “Presente y Porvenir de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Número 1, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOBBIO, N. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Internacional”, en AA.VV., CANÇADO TRINDADE, A. A. y RUIZ DE SANTIAGO, J. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2003.
- CARRILLO SALCEDO, J. A. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo, Tecnos, Madrid, 2004.
- CARRILLO SALCEDO, J.A. “Derechos humanos y derecho internacional”, *Revista de filosofía moral y política*, número 22, Madrid, 2000.
- CASTILLO DAUDÍ, M. *Derecho Internacional de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- DE STEFANI, P. “Il Diritto alla Vita e la sua tutela internazionale”, en AA.VV., P. de Stefani y F. Leita, *La Tutela iuridica Internazionale dei Diritti Umani*, Cedam, Padova, 1997.
- ESCOBAR ROCA, G. Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos, Trama Editorial, Madrid, 2005.
- ESTER SÁNCHEZ, E.T., “Los planos de la discriminación de los derechos del inmigrante”, *Revista de Derecho*, UNED, núm. 17, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, L. Derechos y garantías, la ley del más débil, Trotta, Madrid, 2006.
- FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (traducción de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello), Trotta, Madrid, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, H. *Protección jurídica de los derechos humanos*, Comisión Nacional Derechos Humanos, México, 1991.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 15 – 2º, semestre, 2008, p. 214.

- GÓMEZ DEL PRADO, J.L. “La Protección extraconvencional de los derechos humanos”, en Felipe Gómez Isa (dir.) y Jose Manuel Pureza, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003.
- GROSS ESPIELL, H. *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1988.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. L. “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, AA.VV. Elías Díaz y Jose Luis Colomer (eds.) en *Estado, Justicia, Derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C. “Logros y Desafíos en el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, Número 52, Bilbao, 2008. MARTÍNEZ MORÁN, N. “Los medios de Protección”, AA.VV. Benito Castro Cid (coord.) en *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003.
- MARTINEZ MORÁN, N. “Reconocimiento y Protección Internacional”, en AA.VV., Benito de Castro Cid (coord.) en *Introducción al estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003.
- ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F. *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2010.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- SANTANA RAMOS, M.E. “Los derechos humanos como desafío de las políticas de inmigración en Europa” *Cadernos de Dereito Actual*, número 6, Santiago de Compostela, 2017.
- SANTANA RAMOS, M.E. *La dignidad como principio consagrador del libre desarrollo de la personalidad*, Casa del Abogado, Las Palmas, 2014.
- SANZ CABALLERO S. “Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 17, año 8, 2004.
- SEPÚLVEDA, C. “La protección internacional de los derechos humanos”, en *Antología de clásicos mexicanos de los derechos humanos*, Tomo II, Comisión Nacional Derechos Humanos, México, 1993.
- TRUYOL Y SERRA, A. *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000.

VILLÁN DURÁN, C. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Institut International des Droits de l'Homme, Estrasburgo, 1994.

WELTON, M.D. "El Derecho Internacional y la esclavitud", *Military Review*, Mayo-junio, EUA, 2000.

A PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS: ATUALIZAÇÕES, REFLEXÕES, CASOS PRÁTICOS E DIREITO COMPARADO.

THE DIGITAL PROOF IN THE PORTUGUESE PENAL PROCESS: UPDATES, REFLECTIONS, PRACTICAL CASES AND COMPARATIVE LAW.

Lucio Carlos Afonso Ferraz¹

Universidade de Santiago de Compostela

Amanda Mara da Silva²

Universidade do Minho

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito Jurídico de Prova; 3. Objeto da Prova; 4. Dos Meios Tradicionais de Obtenção de Prova; 5. Conceito de Prova Digital; a) Aplicabilidade da Prova Digital no Processo Penal; 6. Leis Reguladoras; a) Código de Processo Penal; b) Lei nº 32/2008 de 17 de Julho; c) Lei nº 109/2009 de 15 de Setembro; d) Do Regime Processual da Lei nº 109/2009; 7. O Correio Eletrônico Como Meio de Obtenção de Prova; 8. O Correio Eletrônico no Ordenamento Jurídico Brasileiro como Meio de Prova; 9. Conclusão; 10. Referências

1. Introdução

O presente trabalho visa desenvolver a discussão e estudo acerca da prova digital no processo penal português, tendo em vista que esta, apresenta-se na atualidade e apresentar-se-á em um futuro próximo como um dos principais meios de obtenção de prova em um processo.

Sendo assim, no decorrer do presente trabalho, serão abordados temas relacionados ao assunto central, utilizando-se a citação de renomados doutrinadores, assim recursos de ordem jurisdicional, como o Código de Processo Penal, Decreto-Lei e Leis que disciplinam, regulamentam e trazem à baila jurídica grandes perspectiva de aprendizagem.

Nesse prospecto, far-se-á breve abordagem sobre o conceito e objeto da prova, bem como os meios tradicionais de obtenção desta, que se revela como oxigênio no desenvolvimento do processo. Ao aprofundarmos no tema central do trabalho, a prova digital no processo penal português, buscaremos o conceito legal, a aplicabilidade da

¹ Doutorando em Direito Privado pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Mestre em Direito de Contratos e Empresas pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito Tributário pela Uniderp, Brasil, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogado.

² Mestranda em Direito Judiciário pela Universidade do Minho, Portugal, Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Newton Paiva, Brasil, Bracharel pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil, Advogada.

prova digital no processo penal e, sobre as leis que norteiam e regulam esse instituto. No que tange as leis reguladoras abordar-se-à os tenuantes sobre as Leis nº 32/2008 de 17 de Julho e nº 109/2009 de 15 de Setembro e sobre o Regime Processual da Lei nº 109/2009.

Buscando adentrar a esfera processual penal da Lei 109/2009, traçar-se-à abordagem sobre o correio eletrônico como meio de obtenção de prova, visto ser este um dos meios de maior ocorrência de obtenção de provas no processo penal. Conforme explanado, segue abaixo o estudo sumário dos temas:

2. Conceito Jurídico de Prova

Embora este trabalho verse sobre a prova digital em processo penal, para melhor compreensão do assunto faz-se necessário definir o conceito de prova na sua generalidade.

De acordo com Mary Mansoldo, “um dos grandes problemas vivenciados no processo penal, refere-se à reconstrução do passado no que diz respeito às provas”³. Neste sentido, ainda completa o ilustre doutrinador Durclerc, “em relação ao processo penal, esse problema se agrava na medida em que o direito penal e o direito processual penal aspiram a regular as formas mais violentas de intervenção do Estado sobre as individualidades, com a privação da liberdade, e, às vezes, com a eliminação da vida das pessoas”.⁴

Cabem as partes produzirem as provas e ao juiz formar seu livre convencimento baseado nas provas carreadas aos autos. Claramente, para assegurar o devido processo legal as partes processuais apresentam em momento oportuno as provas e as contraprovas, de modo a assegurar nesta fase processual os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesta esteira procedimental Chiovenda ensina que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. (...). São motivos de prova as alegações que determinam, imediatamente ou não, a convicção do juiz”.⁵

Para Rui Manuel de Freitas Rangel, a prova é “a actividade ou conjunto de operações destinadas à formação da convicção do juiz, sobre a veracidade dos fatos controvertidos que foram carreados para o processo pelas partes e que se encontram seleccionados na base instrutória. Ela visa fornecer todos os elementos ao julgador sobre

³ MONSOLDO, Mary. “Conceito de Provas. Interpretação da Obra Literária Prova Penal e Garantismo: Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo.” Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032034.pdf>> acesso em 16/07/2017.

⁴Monsolo, Mary. Op. Cit.

⁵Ibidem

a realidade dos factos controvertidos, sanando, na medida do possível, as dúvidas existentes na sua mente sobre os factos carecidos de prova”.⁶

Para Castro Mendes, a prova é “o pressuposto da decisão jurisdicional que consite na formação, através do processo no espírito do julgador, da convicção de que certa alegação singular de fato é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”.⁷

Os doutrinadores, mesmo que de forma diversa, buscam com o conceito processual e estrutural da prova associá-lá a busca pela justiça social, ou seja, deixam a cargo do juiz a formação da convicção quanto a existência e veracidade dos fatos alegados pelas partes, de forma que as provas devem ser analisadas e valoradas imparcialmente pelo juiz de modo a decidir sobre as querelas almejadas pelas partes.

3. Objeto da Prova

Tem-se como objeto da prova “todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”, nos termos do art. 124º do CPP - Código de Processo Penal.⁸

O cerne da questão está nas alegações que se fazem a respeito de como os fatos ocorreram, sobre os quais a necessidade da prova faz-se fundamental, de modo que a falta ou insuficiência desta trará dúvidas acerca dos fatos alegados em juízo, além de consequências variáveis, a depender de quem pertença a prova.

Cândido Rangel Dinamarco aduz que “o objeto de prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. O vocábulo prova vem do adjetivo latino *probus*, que significa bom, correto, verdadeiro; consequentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de pro-vá-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes”.

Para concluir esta breve abordagem sobre o paronama das provas, impende lembrar o direito à prova como garantia constitucional de todo cidadão, além de

⁶RANGEL, Rui Manuel de Freitas “*O Ónus da Prova no Processo Civil*”, Coimbra, Almedina, -2006, pág. 22.

⁷RANGEL, Rui Manuel de Freitas, Op. Cit., pág. 22 *apud* Castro Mendes, “*Do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*”, Lisboa, Ática, 1961, pág 741.

⁸Cfr pgdlisboa.pt

significar uma forma de efetivar-se o acesso à Justiça, permitindo ao demandante apresentar para o juiz os meios necessários para confirmar sua versão e ter seu pleito atendido.

4. Dos Meios Tradicionais de Obtenção de Prova

De acordo com Francisco Marcolino de Jesus “os meios de obtenção de prova são instrumentos de que servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de provas; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos.”⁹

Este tópico destina-se a tecer uma breve abordagem sobre os meios tradicionais de obtenção de prova, são eles:

- Dos exames: art. 171º CPP;
- Formalidades da revista: art. 175º CPP;
- Formalidades da busca: art. 176º CPP;
- Das apreensões: art. 178º CPP;
- Escutas telefônicas: art. 187º CPP.

Portanto, os meios tradicionais de obtenção de prova tratam-se de uma atividade de recolha de provas pessoais ou reais, ainda, servem para obter declarações ou coisas que certamente irão servir para demonstrar a realidade de um fato.

No processo penal português, são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei, que em conformidade com a Constituição, proíbe as provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa a integridade física e / ou moral das pessoas, bem como, ressalvados alguns casos previstos em lei (por exemplo, as buscas domiciliárias ou as escutas telefônicas), as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, nas correspondências ou telecomunicações sem o consentimento da pessoa visada.¹⁰

5. Conceito de Prova Digital

Em meio a tantos aparatos tecnológicos e formas de acesso e comunicação, os intitulados crimes informáticos crescem de forma exponencial. Muitas das vezes as

⁹JESUS, Francisco Marcolino de. “Os meios de obtenção de prova em processo penal”. 2º ed. Disponível em https://books.google.pt/books?id=vUjQCAAAQBAJ&pg=PT2&dq=francisco+marcolino&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=francisco%20marcolino&f=false acesso em 17/07/2017.

¹⁰Fundação Francisco Manuel dos Santos. Disponível em <<http://www.direitosedeveres.pt/q/acesso-ao-direito-e-aos-tribunais/prova-no-processo-criminal/qual-a-diferenca-entre-meios-de-prova-e-meios-de-obtencao-de-prova-que-meios-de-prova-sao-utilizados-pelos->> acesso em 17/07/2017.

entidades públicas perdem o controle da situação uma vez que, “as tecnologias da informação e comunicação não só trazem novos instrumentos para a prática de crimes já conhecidos, como novas realidades cuja protecção os Estados têm entendido merecer dignidade penal.”¹¹

Embora poucos doutrinadores tenham discorrido sobre o tema por tratar de assunto relativamente recente, ainda não se tem a definição concreta para a figura da prova digital, uma vez que na Lei de Cibercrime o legislador também não a definiu. Todavia, apesar da escassez conceitual, dois doutrinadores buscaram esclarecer e onceituar o tema, dessa feita, seguem os ensinamentos destes.

Benjamim Silva Rodrigues aduz que “[a] prova eletrónico-digital pode definir-se como qualquer tipo de informação com valor probatório, armazenada [em repositório eletrónico-digitais de armazenamento] ou transmitida [em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicação eletrónicas, privadas ou publicamente acessíveis], sob forma binária ou digital.”¹²

Na mesma esteira de pensamento o doutrinador Dias Ramos apresenta uma noção considerada mais concisa e transparente, classificando-a como a “informação passível de ser extraída de um dispositivo eletrónico (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta.”¹³

A partir dos conceitos supramencionados, percebe-se as vantagens e desvantagens oriundos das provas digitais. Dentre as vantagens podem destacar-se que por se tratar de um meio de prova digital estas podem ser armazenadas em dispositivos e servidores de média e elevada capacidade; também pelo seu formato digital o acesso ao infrator do crime torna-se mais rápido visto que é possível rastrear por intermédio da prova a localização e identificação do cibercriminoso, de modo a responder efetivamente e célere as necessidades da sociedade ante a criminalidade informática; dentre outras, por fim, por possuir formato digital ou forma binária distingue-se das demais provas, observado que pode ser armazenada ou transmitida em computador ou qualquer outro dispositivo capaz de manter a prova segura. Assim sendo, é de suma importância conservar o valor probatório, para que ao ser avaliada pelo juiz, este consiga formar seu convencimento e conduzir ao julgamento da lide.

Por outro lado, a desvantagem mais expressiva em relação a prova digital é que tem-se uma prova em que a informação está em formato digital e, por isso, pode ser apagada, modificada ou facilmente destruída. Desta forma pode estar submetida a erros

¹¹VENANCIO, Pedro Dias. “*Lei do Cibercrime anotada e comentada*”. 1º ed. Coimbra. 2011. Pág. 15.

¹²RODRIGUES, Benjamim Silva Rodrigues. “*Direito Penal. Parte Especial, I, Direito Penal Informático-Digital*”; Coimbra. Coimbra Editora, 2009.

¹³RAMOS, Armando Dias. “*A Prova Digital em Processo Penal*”. Chiado Editora, 1.º ed. Novembro 2014, pág. 86.

e perdas de informação que dificultarão a busca pela verdade real dos fatos e sobremaneira, obtenção de um resultado justo.

a) Aplicabilidade da Prova Digital no Processo Penal

Inserto no Livro III do CPP - “(D) a prova” revela-se como um dos instrumentos fulcrais para a descoberta dos autores do crime, a sua punibilidade ou a não punibilidade e a determinação da pena ou a medida de segurança aplicáveis”¹⁴

Conforme descrito no tópico anterior, cujo qual não é o objetivo esgotamento do tema neste trabalho, o art. 125 do CPP dispõe sobre o princípio da admissibilidade de todas as provas que não forem proibidas por lei, portanto, deve o supracitado artigo consagrar as regras gerais relacionadas a precisão, integridade, admissibilidade e autenticidade.¹⁵

Desta feita, todas as provas digitais são admitidas, desde que tenha obedecido o critério da legalidade. Neste prisma, podem estas provas serem usadas em tribunais sem quaisquer distinções aos demais meios de prova. É importante ressaltar que podemos equiparar a prova digital à prova pericial, haja vista que exige conhecimento técnico e perícia para apreciação do fato ou completa percepção da prova. Neste sentido, Dias Ramos ensina “poderá também classificar-se a prova digital como prova documental, sempre que a mesma possa ser corporizada em escrito ou por meio técnico, como por exemplo, a impressão fotográfica ou audiovisual de uma mensagem de correio eletrônico.”^{16 17}

Nesse diapasão, conclui-se que a prova digital é aquela que possui valor probatório cujo armazenamento ou transmissão ocorre de forma digital; no processo penal pode-se afirmar que vídeos, dados e conteúdos armazenados em disco rígido dos computadores ou outro meio de informação de acesso aberto, como por exemplo a *internet*, *e-mails*, redes sociais, imagens, vídeos e softwares configuram-se como provas digitais.

¹⁴RAMOS, Armando Dias. Op. Cit. pág. 85 *apud* VERDELHO, Pedro, BRAVO, Rogério e ROCHA, Manuel Lopes. Leis do Cibercrime. Centro Atlântico. Lisboa. 2003.

¹⁵Conforme exposto no tópico 4 “Dos meios tradicionais de obtenção de prova”, o regime da prova está enunciado nos arts. 124º ao 170º do CPP. Já os arts. 171º a 186º do CPP tratam dos meios de obtenção de prova. É importante contextualizar que a Lei do Cibercrime contempla medidas processuais quanto a obtenção de provas, previsto nos arts. 11º a 19º, em momento oportuno trataremos com mais rigor o art.17 da LC.

¹⁶RAMOS, Armando Dias. Op. Cit. Pág 86

¹⁷Neste mesmo sentido Pedro Verdelho entende que “no ambiente informático e das redes de comunicação, as perícias são particularmente importantes, numa dupla perspectiva. Por um lado, a opinião dos técnicos e dos peritos especialistas permite a quem investiga perceber os factos em investigação e vir assim descobrir os respectivos autores. Mas, por outro lado, facilita a produção de prova e a percepção desses mesmos fatos em julgamento. As perícias em processo penal tem valor superior ados restantes elementos de prova, já que suas conclusões escapam a possibilidade de livre apreciação do julgador.”

6. Leis Reguladoras

A matéria processual penal sobre prova digital é regulamentada por três diplomas legais: a Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, o Código de Processo Penal e a Lei nº 32/2008¹⁸ de 17 de julho.

Alberto Gil Lima Cancela entende que “em matéria de prova digital, o panorama legislativo atual revela incoerências, sendo de tal forma complexo, que nos podemos deparar com duas situações aquando do confronto normativo das leis existentes: ou estas se autonomizam ou convergem, superando-se sucessivamente, dificultando a função interpretativa. Ao seguir o caminho legislativo pluralista, o legislador anarquizou o sistema, não permitindo ao espírito e à letra da lei a melhor interpretação, complicando a sua aplicação legal.”¹⁹

Face do exposto abordar-se-á neste capítulo as legislações que regem a matéria.

a) Código de Processo Penal

Julga-se importante tecer uma breve consideração acerca da prova digital anterior ao diploma de 2009 ao qual continha restrições quanto a recolha da prova digital.

À propósito, a versão original do CPP trouxe em seu bojo uma extensão legal ao que tange às interseções e gravações das conversas telefônicas como “*comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone*”.

Somente com o advento da Lei nº 59/98 de 25 de agosto, o art. 190º sofreu alterações significativas e englobou sua aplicabilidade extensiva ao disposto nos artigos 187.º, 188.º e 189.º, neste sentido dispõe que “é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como à interceptação das comunicações entre presentes.”²⁰

Na tentativa de resolver um problema, o legislador acabou criando outro. De acordo com Rita Castanheiras Neves “na verdade, ao adicionar a segunda parte do artigo 190º do CPP, ficou desde logo, esclarecido que o regime das escutas se aplicava ao correio electrónico, sendo, por isso, a Lei nº 59/98 um importante marco no estudo que ora nos

¹⁸A lei nº 32/2008 de 17 de julho, transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

¹⁹ CANCELA, Alberto Gil Lima. “A prova digital: os meios de obtenção da prova na Lei do Cibercrime.” Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31398/1/A%20prova%20digital.pdf>> acesso em 15/07/2017.

²⁰Cfr Lei nº 59/98 de 25 de agosto, disponível em pgdlisboa.pt

ocupa. Porém, acrescentou também o legislador uma “terceira parte” a este art. 190º, que passou a dispor que o regime das escutas telefónicas passava a ser igualmente aplicado às interceptações das comunicações entre presentes, ou por outras palavras, às conversas ambientais, o que foge de todo à natureza do instituto”.²¹

Com a revisão do CPP em 2007, novamente o leque foi ampliado, e o art. 189º passou a dispor sobre o tema, regulando os dados informáticos armazenados em suporte digital. Desta forma, sendo considerado o regime das escutas telefónicas como o “*quadro global de regulação da interceptação e registo de telecomunicações*”²², novamente o legislador torna-se alvo de críticas doutrinárias e jurisprudenciais.

Fato é que ao analisar o art. 189º sob o prisma processual penal, o correio eletrónico surge como meio de obtenção de prova, atuando ao lado dos exames, revistas e buscas, apreensões, e outros meios dispostos no CPP para obtenção e produção de prova.

Acerca do abordado, Costa Andrade denomina como “*casa dos horrores hermenêuticos*”, o artigo 189º engloba várias realidades jurídicas diferentes, que por sua natureza necessitam tutela e exigências distintas, de modo a causar incerteza e insegurança jurídicas e dificultar o controle, por parte das instâncias competentes.²³

A partir do momento que se admite que o e-mail armazenado no computador esteja equiparado por analogia às escutas telefónicas, toda a investigação criminal pode ser colocada em pauta, uma vez que a garantia do meio informático torna-se mais estável que o regime de escutas. Neste caso, “o legislador, não só põe em causa a prova telefónica, como desconsidera o interesse investigativo, ao impossibilitar a interceptação de comunicações eletrónicas ou obtenção dos dados de tráfego relativos a crimes informáticos, como a injúria ou a coação.”²⁴

b) Lei nº 32/2008 de 17 de Julho

A Lei nº 32/2008 de 17 de julho trata-se de uma Lei Extravagante relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.²⁵ De forma a transpor para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 15 de Março.

²¹NEVES, Rita Castanheiras. “*As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal*”. 1ª ed. 2011. Coimbra. Coimbra Editora. Pág 139-140.

²²MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, 2010, Coimbra, Coimbra Editora, pág. 89

²³CANCELA, Alberto Gil Lima, op. Cit.

²⁴CANCELA, Alberto Gil Lima apud ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no verão passado*”, (...), Coimbra Editora, 2009.,pág. 185

²⁵Cfr Lei 32/2008 pgdlisboa.pt

O regime processual da Lei 32/2008 (designadamente o Artigo 3º, nº 1 e 2 e o Artigo 9º) está revogado e substituído pelo regime processual contido na Lei nº 109/2009 aplicado a todos os dados que não estejam especificamente previstos no Artigo 4º, nº 1 daquela lei, ou seja, dados conservados em geral; está em vigor para todos os dados que estejam especificamente previstos naquele Artigo 4º, nº 1 (por exemplo para dados conservados relativos a localização celular).²⁶

Neste passo, vejamos o posicionamento dos Tribunais a respeito da matéria em debate:

Acórdão Ac. TRL de 22-06-2016, “solicitar a operadoras de telemóveis todos os dados de tráfego dos cartões SIM que operaram num determinado período de tempo em 19 antenas, mas não estando concretizados alvos determináveis, e atingindo a diligência pretendida um universo ilimitado e indiferenciado de cidadãos que não se integram no conceito jurídico-penal de ‘suspeitos’ é proibido por lei e não respeita os princípios constitucionais da proporcionalidade e da adequação.”²⁷

Neste mesmo sentido Ac. TRL de 03-05-2016 e Ac. TRE de 19-05-2015 versam sobre as telecomunicações eletrónicas e recolha de prova eletrónica que como regra deixaram de ser aplicados por extensão desde a entrada 109/2009 Lei do Cibercrime. Desta forma, subsume-se que as Leis nº 32/2008 e 109/2009 revogaram a extensão de regime de escutas telefónicas, previstos nos arts. 187º a 190º do CPP, ou seja, dispõem de legislação específica a lei que trata do regime especial e de crimes – não relativos a comunicação telefónicas - mas relativos aquelas comunicações que não usam o telefone e a informática.

c) Lei nº 109/2009 de 15 de Setembro

Ainda que o CP – Código Penal tivesse previsto os crimes praticados por meio informático, somente com a publicação da LCI - Lei da Criminalidade Informática, aprovada pela Lei nº 109/91 de 17 de Agosto pode-se completar de forma abrangente o rol de crimes informáticos visto que implementou o regime de obtenção de prova digital em Portugal.

Por meio da Resolução da Assembleia da República nº 88/2009 e pelo Decreto Presidencial 92/2009, ambos publicados em 15 de setembro, Portugal ratificou a Convenção sobre Cibercrime, adotada em Budapeste em 23 de Novembro de 2001, e no seguimento publicou a Lei nº 109/2009²⁸ (LC - Lei do Cibercrime) que transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de

²⁶CANCELA, Alberto Gil Lima, op. Cit.

²⁷Cfr Acórdão

²⁸Cfr Lei 109/2009 de 15 de Setembro em pgdlisboa.pt

Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa.

Embora a Convenção tivesse imposto aos estados membros que legislassem sobre matérias transfronteiriças, somente após o decurso de 8 (oito) anos a Convenção foi oficialmente ratificada no ordenamento jurídico Português.

Conforme aduz Alberto Cancela, “o legislador precipita-se e cria um diploma extravagante, de aplicação geral, abrangendo as disposições penais materiais, processuais e de cooperação internacional num diploma único, em vez de proceder a uma alteração das fontes normativas no âmbito da cibercriminalidade. Como referimos anteriormente, viria ainda a sobrepor-se ao regime da Lei n.º 32/2008, em matéria de acesso aos dados gerados e tratados relativamente a comunicações eletrónicas, reforçando a ideia de confusão da parte do legislador.”²⁹

Em seu regime jurídico, a Lei de Cibercrime engloba todos os crimes informáticos *stricto sensu*, sejam os cometidos por meio de um sistema informático ou aqueles cujo o qual seja necessário proceder a recolha de prova em suporte eletrónico, conforme dispõe o art. 11, §1º da supracitada Lei.

Desta forma, nos ensina Alberto Cancela que “com a Lei de Cibercrime o legislador garante à justiça portuguesa um sistema processual de prova digital capaz de satisfazer as exigências internacionais, pondo de lado o imprevisto e contradição, que outrora se fazia sentir na busca pela verdade e pela justiça.”³⁰

Neste sentido, é de suma importância trazer a baila o art.º 12.º da LC que dispõe sobre a preservação da Prova Digital, que delega à autoridade judiciária ordenar que os dados específicos possam ser armazenados de forma a garantir uma posterior consulta ou análise, se necessário.

A verdade é que dia após dia descobrem-se novas técnicas de dissimulação ou ocultação que dificultam a identificação do agente da atividade criminosa por parte das autoridades estatais e com isso novas tecnologias são desenvolvidas de modo que máquina estatal não consegue acompanhar a evolução e acarreta como via de consequência uma desadequação das leis penais e processuais.

d) Do Regime Processual da Lei nº 109/2009

Neste capítulo tecer-se-á comentários sobre o Capítulo III, Disposições Processuais da Lei de Cibercrime, sem todavia, esgotar a matéria em comento visto os deslindes de ordem e individualidade prática. As disposições gerais contidas no dispositivo supramencionado abrangem dos art. 11º ao 19º, com exceção do disposto nos arts. 18.º e 19.º, as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a

²⁹CANCELA, Alberto Gil Lima, op. Cit.

³⁰Ibidem

processos relativos a crimes: a) Previstos na presente lei; b) Cometidos por meio de um sistema informático; ou c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico.

O art. 11^{o31} da LC aborda sobre “medidas relativas a preservação, revelação, apresentação, pesquisa e apreensão de dados informáticos (previstos nos arts 12^o a 17^o), se destinam não só aos crimes informáticos previstos na LC, mas a todos que sejam “cometidos por meio de um sistema informático” (considerando aqui a sua aplicabilidade a “criminalidade informática em sentido lato”), e ainda “em relação aos quais seja necessário proceder a recolha em suporte informático.”³²

Resta cristinalino no parágrafo anterior que essas medidas são de aplicação geral e destinadas a criar os meios de obtenção de prova digitais de modo a combater a criminalidade.

Pedro Venâncio aduz que “ainda antes da transposição para o direito interno português de medidas específicas para a obtenção e conservação de prova em ambiente digital era possível encontrar novas aplicações para os instrumentos tradicionais do processo penal. Para além da “intercepção de comunicações” e da “apreensão de correspondência”, que encontram agora medidas processuais específicas para o ambiente digital, algumas das quais remetem para o regime destas quanto aos seus pressupostos e procedimentos, podemos ainda referir outros meios de prova que mantém a sua pertinência e utilidade face às necessidades de prova que os sistemas informáticos suscitam. Por exemplo, a prova pericial prevista no artigo 151^o do Código de Processo Penal (CPP), e os exames previstos nos artigos 171^o a 173^o do CPP.”³³

Ao que tange a abordagem da prova pericial no ambiente digital, deve ser realizada quando exigir conhecimentos específicos de especialistas que consigam compreender, ante a complexidade e especificidade das técnicas e linguagens. De um lado, a opinião dos técnicos e peritos permite identificar o tipo penal e a identidade dos autores com maior brevidade. Por outro, a perícia facilita a produção de prova e o entendimento dos julgadores que por vezes não compreende a realidade digital. Fato é que as perícias escapam as possibilidades de livre apreciação do julgador e possui um peso considerável como tipo de prova no processo penal.

Assim, conclui Pedro Venâncio acerca das perícias “se a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer do peritos, deve aquele fundamentar a divergência

³¹Art. 11^o: 1 - Com excepção do disposto nos artigos 18.^o e 19.^o, as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a processos relativos a crimes: a)Previstos na presente lei; b)Cometidos por meio de um sistema informático; ou c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico. 2 - As disposições processuais previstas no presente capítulo não prejudicam o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho.

³² VENÂNCIO, Pedro Dias. Op. Cit. Pág 90

³³ *Ibidem* pág 91

(art 163º nº 1, CPP) já que “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador” (art 171º, nº1, CPP)”³⁴.

De modo geral, a Lei de Cibercrime prevê mecanismos relativos à obtenção de prova digital, vejamos:

1. Preservação expedita de dados (artigo 12.º);
2. Revelação expedita de dados (artigo 13.º);
3. Injunção para apresentação ou acesso a dados (artigo 14.º);
4. Pesquisa de dados informáticos (artigo 15.º);
5. Apreensão de dados informáticos (artigo 16.º);
6. Apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante (artigo 17.º);

E, por fim temos dois meios de obtenção de prova digital adstritos a um conjunto determinado de crimes, são eles:

7. Intercepção de comunicações (artigo 18.º);
8. Ações encobertas (artigo 19.º).

Diante do exposto, a Lei de Cibercrime no futuro será o instrumento processual de maior aplicabilidade para obtenção de provas, uma vez que os crimes digitais crescem exponencialmente, e constituem meios de obtenção de provas modernos.

7. O Correio Eletrónico Como Meio de Obtenção de Prova

O mundo vive um contínuo processo de desenvolvimento tecnológico e em meio a tantos aparatos tecnológicos surgiu a rede mundial de computadores (*Internet*), *fato seguido* o correio eletrónico (*e-mails*), que constituem-se como mecanismos modernos, rápidos e mais económico de comunicação entre as pessoas.

Com o desenvolvimento tecnológico e o surgimento de novas possibilidades de meios e obtenção de provas, as leis, inclusive as leis processuais penais adaptaram-se à este novo paradigma. Os correios eletrónicos são uma opção de comunicação muito utilizada, por permitir o envio de anexos no conteúdo do e-mail, no entanto, de forma negativa podem utilizar deste meio para praticar atividades delituosas.

A matéria relativa ao correio eletrónico é regulamentada pelo art.º 17º da Lei nº. 109/2009, de 15 de setembro. Assim dispõe o art.º 17º da Lei nº. 109/2009 que "quando, no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forem encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutro a

³⁴VENANCIO, Pedro Dias. Ob. Cit. Pág 92.

que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal".³⁵

O legislador português definiu correio eletrónico, como “qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher.”³⁶

Já Romeo Casabona assevera que o correio eletrónico é “uma modalidade de comunicação, em geral de carácter pessoal, que incorpora texto, som e imagem e que se serve das redes telemáticas como tecnologia de transmissão e dos sistemas informáticos (computadores e software ou sistema lógico correspondente) como instrumento de emissão e recepção entre dois ou mais comunicantes e nesse caso de armazenamento de mensagens.”³⁷

A figura do correio eletrónico e à sua apreensão ainda é alvo de vasta e conflituosa divergência doutrinal. Tal divergência ocorre uma vez que muitos questionam se assim como o correio tradicional, o correio eletrónico já recebido e lido, deveria ser tratado como simples documento.

De acordo com Costa Andrade e Rita Castanheira Neves “depois de recebido, lido e guardado no computador do destinatário, um e-mail deixa de pertencer à área de tutela das telecomunicações”³⁸, deste modo passa a ser um arquivo digital, estando apto como meio de busca tradicional, e sujeita-se ao regime de correspondências daqueles que são criados e armazenados em seu computador.

A nível de jurisprudência, vejamos o comentário acerca do tema:

- Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2011(5412/08.9TDLsb-A.L1-5) - Quanto à apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, a Lei do Cibercrime, ao remeter para o regime geral previsto no Código de Processo Penal, determina a aplicação deste regime na sua totalidade, sem redução do seu âmbito - tais apreensões têm de ser autorizadas ou determinadas por despacho judicial,

³⁵Cfr dgsi.pt

³⁶RAMOS, Armando Dias. Op. Cit. Pág 26

³⁷RAMOS, Armando Dias. Op. Cit. Pág 27 apud Carlos Maria Romeo Casabona, “La protección penal de los mensajes de correo electrónico y de otras comunicaciones de carácter personal a través de Internet. Derecho y Conocimiento”. Vol 2. 2006. Pág 129.

³⁸ANDRADE, Manuel da Costa, Bruscamente no Verão Passado (...), Coimbra Editora, 2009, pág.

devendo ser o juiz a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida, sob pena de nulidade.³⁹

- Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Janeiro de 2011 (5412/08.9TDLSB-A.L1-5)- “a Lei do Cibercrime (Lei nº 109/2009), ao remeter no seu art. 17, quanto à apreensão de mensagens de correio eletrónico ou registros de comunicações de natureza semelhante, para o regime geral previsto no Código de Processo Penal, determina a aplicação deste regime na sua totalidade, sem redução de seu âmbito; As mensagens de correio eletrónico ou registro de comunicações de natureza semelhante, que se afigurem de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, podem ser apreendidas, aplicando-se correspondentemente o regime de apreensão de correspondência no CPP; Tais apreensões têm de ser autorizadas ou determinadas por despacho judicial, devendo ser o juiz a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida, sob pena de nulidade; Em caso de urgência, isto é, de perda de informações úteis à investigação de um crime em caso de demora, o juiz pode autorizar a abertura imediata de correspondência (assim como de correio eletrónico) pelo órgão da polícia criminal e o órgão de polícia criminal pode mesmo ordenar a suspensão da remessa de qualquer correspondência nas estações de correios e de telecomunicações, nos termos dos nºs 2 e 3, do art 252, do CPC, devendo a ordem policial ser convalidada no prazo de 48 horas, sob pena de devolução ao destinatário caso não seja convalidada, ou caso seja rejeitada a convalidação.”⁴⁰

Desta feita, conclui-se que se no curso de uma pesquisa informática for localizada mensagens de correio eletrónico ou registo de comunicações de natureza semelhante - art.17º - o juiz pode autorizar ou ordenar a apreensão daqueles que sejam relevantes para o interesse da verdade ou para a prova, aplicando-se com as necessárias adaptações o regime de apreensão de correspondência previsto no CPP.

Sob o prisma processual penal, podemos concluir que o correio eletrónico surge como meio de obtenção de prova equiparado ao telefone. A Lei do Cibercrime “consagra desde logo, um novo regime de preservação de dados informáticos, flexibilizando os pressupostos de legitimidade em matéria de crimes informáticos, cometido por meio de sistema informático e em relação ao qual seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónicos.”⁴¹

³⁹Gabinete Cibercrime – Procuradoria Geral da República. Disponível em <http://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_10_jurispridencia_processual.pdf> acesso em 12/07/2017.

⁴⁰Cfr. Acórdão 5412/08.9TDLSB-A.L1-5. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e5ed1936deb44eb180257824004a09d?OpenDocument&Highlight=0,correio,electronico,apreens%C3%A3o,correspondencia>> acesso em 12/07/2017.

⁴¹NEVES, Rita Castanheira. Op. Cit. Pág 284.

8. O Correio Eletrônico no Ordenamento Jurídico Brasileiro como Meio de Prova

O Código Penal Brasileiro tem previsão no art. 151 de punição àquele que além de violar correspondência fechada, se apossar indevidamente de correspondência alheia, ainda que não fechada, no todo ou em parte, sonegá-la ou destruí-la.

Noutro prisma, o Capítulo XI do CPP Brasileiro, o tema relativo as busca e apreensões, dispõe que “as autoridades poderão proceder à apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato. (art. 240 §1º f).”⁴²

Contudo, na Lei nº 9.296 de 24 de Julho de 1996 combinada com o art. 5º, inciso XII da Constituição da República, são responsáveis por regulamentar as escutas telefônicas para efeito de inteceptação.

Ao que tange a equiparação entre correio eletrônico e correspondência tradicional, há duas correntes doutrinárias que defendem posição opostas. “A montante, aqueles que consideram que qualquer mensagem de correio eletrônico é correspondência, portanto, em caso de violação aplicar-se-á o referido art. 151 do CP brasileiro. A juzante, aqueles que consideram que somente o *e-mail* encriptado é equivalente à correspondência, pois o *e-mail* comum, sem criptografia, pode ser interceptado durante o seu trajeto e lido por qualquer pessoa. Para esta corrente, como o *e-mail* criptografado somente pode ser decodificado pelo seu próprio destinatário, mantém-se a integridade e sigilo da mensagem, se houver qualquer quebra desta criptografia (o que não é impossível), aplicar-se-á a ira do art. 151.”⁴³

Portanto, para esta corrente o e-mail criptografado é equiparado a correspondência tradicional, e por outro lado, as mensagens por correio eletrônico sem criptografia, não são consideradas correspondência ante a ausência de peculiaridade de inviolabilidade e sigilo.

É importante salientar que a jurisprudência brasileira entende que o correio eletrônico institucional, quando utilizado para fins pessoais - o que pode ser motivo de dispensa por justa causa - não equipara-se ao conceito tradicional de correspondência, haja vista que possui natureza jurídica equivalente ao de uma ferramenta de trabalho, uma vez ser este pertencente ao patrimônio da empresa.

No que tange a utilização do correio eletrônico como meio de prova entende-se que uma vez comparado a uma correspondência escrita faz-se possível identificar o destinatário e o remetente, bem como sua autenticidade por meio da criptografia,

⁴²Ramos, Armando Dias. Op. Cit. Pág 77

⁴³*Ibidem*. Pág 77-78

assinatura eletrônica e rastreio da identificação da máquina (IP - Internet Protocol) entende-se que pode ser considerado como documento.

Sendo assim considerado portanto como um documento, poderá este correio eletrônico servir de prova documental nos autos processuais, entretanto, todas as partes interessadas, bem como o magistrado, poderão requerer perícia técnica para verificar a autenticidade daquele material quando assim o desejarem.

9. Conclusão

Diante do explanado, verifica-se e conclui-se que a evolução dos tempos e emio tecnológicos possibilitou um avanço que por vezes o homem não esperava, fato este que tornou o corpo jurisdicionla e regulamentar obsoletos diante das novas necessidas da sociedade, fazendo-se necessário, atualizações e adpatações as mudanças e novo paradigma.

Com fito de atender as novas demandas jurídicas e os anseios da sociedade moderna o processo penal, que muitas vezes era encarado com uma legislação rígida e ultrapassada notou também a necessidade de modernização, razão pelas quais inseriu dentre os seus dispositivos novos meios de prova com que a sociedade pudesse ver o seu direito reconhecido, frisa-se neste caso, as provas digitais.

A prova digital em matéria de processo penal é uma realidade em Portugal e jurisprudencialmente pode-se constatar a sua eficácia, seja por meio dos meios de prova do correio eletrônico, das mensagens de texto, dos vídeos multimedia, da interceptação telefônica ou qualquer outro meio de prova capaz de adequar a realidade demandada, além da agilidade e ampliação da legislação no que tange a investigação criminal.

A natureza complexa e instável da prova digital, fará com que o julgador considere maiores cuidados à prova digital em relação a outras provas, sendo inegável que a Lei de Cibercrime foi um ponto de partida para o desenvolvimento deste instituto, visto que ampliou ainda o rol de obtenção de prova, outrossim, sabidamente, faz-se necessário uma leitura alargada dos dispositivos legais pelo órgãos jurisdicionais, visto ser esta uma matéria que atualiza-se em uma velocidade vertiginosa.

Por fim, nos termos apregoados nestas considerações finais espera-se que haja constantemente atualizações em matéria de obtenção de prova digital e que esta não se esgote com a Lei do Cibercrime.

10. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no Verão Passado (...)”. Coimbra Editora, 2009, pág. 157

Acórdão 5412/08.9TDLSB-A.L1-5. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e5ed1936deb44eb180257824004ab09d?OpenDocument&Highlight=o,correio,electronico,apreens%C3%A3o,correspondencia>> acesso em 12/07/2017.

CANCELA, Alberto Gil Lima. "A prova digital: os meios de obtenção da prova na Lei do Cibercrime." Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31398/1/A%20prova%20digital.pdf>> acesso em 15/07/2017.

Fundação Francisco Manuel dos Santos. Disponível em <<http://www.direitosedeveres.pt/q/acesso-ao-direito-e-aos-tribunais/prova-no-processo-criminal/qual-a-diferenca-entre-meios-de-prova-e-meios-de-obtencao-de-prova-que-meios-de-prova-sao-utilizados-pelos->> acesso em 17/07/2017.

Gabinete Cibercrime – Procuradoria Geral da República. Disponível em <http://cibercrime.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/nota_pratica_10_jurisprudencia_processual.pdf> acesso em 12/07/2017.

JESUS, Francisco Marcolino de. "Os meios de obtenção de prova em processo penal". 2º ed. Disponível em <https://books.google.pt/books?id=vUjQCAAQBAJ&pg=PT2&dq=francisco+marcolino&hl=pt-BR&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=francisco%20marcolino&f=false> acesso em 17/07/2017.

Lei n.º 40-A/2016, de 22/12 – "Código de Processo Penal". Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis> acesso em 17/07/2017.

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho. "Conservação de dados gerados ou tratados no contexto oferta de serviços de comunicações electrónicas." Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=selected&nid=1264&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&nversao=> acesso em 22/07/2017.

Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. "Lei do Cibercrime" - Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis> . Acesso 22/07/2017.

Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso dia 22/07/2017.

MESQUITA, Paulo Dá. "Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário." 2010. Coimbra. Coimbra Editora, pág. 89

MONSOLDO, Mary. “Conceito de Provas. Interpretação da Obra Literária Prova Penal e Garantismo: Uma investigação Crítica sobre a Verdade Fática Construída através do Processo.” Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cjo32034.pdf>>. Acesso em 16/07/2017.

NEVES, Rita Castanheiras. “As ingerências nas comunicações eletrónicas em processo penal”. 1ª ed. 2011. Coimbra. Coimbra Editora. Pág 139-140.

RAMOS, Armando Dias. ‘A Prova Digital em Processo Penal’. Chiado Editora, 1.º ed. Novembro 2014, pág. 86.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas “O Ónus da Prova no Processo Civil”, Coimbra, Almedina, -2006, pág. 22.

RODRIGUES, Benjamim Silva Rodrigues. “Direito Penal. Parte Especial, I, Direito Penal Informático-Digital”. Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

VENANCIO, Pedro Dias. “Lei do Cibercrime anotada e comentada”. 1º ed. Coimbra. 2011. Pág 15.

Lista de Abreviaturas: Ac. – Acórdão / Art. – Artigo / Cfr. – Confira / CF – Constituição Federal / CPP – Código de Processo Penal / LC – Lei de Cibercrime

O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E OS NOVOS DESAFIOS DA PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

Ana Sofia de Magalhães e Carvalho¹

Universidade Nova de Lisboa

Adriana Gomes Neves²

Universidade de Vigo

Sumário: 1. Introdução; 2. A garantia da identidade genética no sistema europeu de direitos humanos; a) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem; b) A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina; c) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 3. O direito à identidade genética na Constituição da República Portuguesa; 4. O direito à identidade genética e os novos desafios da procriação medicamente assistida; 5. Conclusões; Referências

1. Introdução

O conceito de identidade genética tem duas aceções, segundo João Loureiro³:

- Identidade genética como o genoma⁴ de cada ser humano, as bases biológicas da sua identidade, no fundo, a sua constituição genética individual;

- Identidade genética como expressão significando que *dois ou mais seres têm a mesma constituição genética*.

Na primeira aceção estão em causa as dimensões de diferença de cada um. Assim, identidade é sinónimo de individualidade genética.

A segunda aceção é caracterizadora de um fenómeno específico de identidade biológica em termos genéticos, que só se dá, na natureza, no caso dos gémeos monozigóticos. Por via artificial, o fenómeno é conseguido através da clonagem. Tenha-se em conta que “*não há, contudo, salvo nas hipóteses de divisão embrionária, uma identidade perfeita entre o clone e o clonado, em virtude das diferenças ao nível das mitocôndrias.*”⁵ Daí que, nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do protocolo adicional à

¹ Mestre em Direito Tributário e Fiscal pela Universidade do Minho. Doutoranda em Direito Público na Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do CEDIS, Universidade Nova de Lisboa.

² Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutoranda da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Vigo no Doutoramento de “Gestão e Resolução de Conflitos de Menores e Justiça Terapêutica”. Professora no Instituto Superior de Serviço Social do Porto. Advogada.

³Loureiro, J. “O direito à identidade genética do ser humano”, in *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 288.

⁴ Por genoma entende-se o conjunto de todo o material genético contido nos cromossomas de cada organismo, sabendo-se que todas as células desse organismo contêm essa informação, correspondendo a sigla ADN a Ácido Desoxirribonucleico.

⁵Loureiro, Ob. Cit., pp. 288.

Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina que proíbe a clonagem de seres humanos (1998), se considere que um ser humano é geneticamente idêntico a outro quando “*tem em comum com o outro o mesmo conjunto de genes nucleares*”.

Neste artigo iremos abordar as duas aceções.

Tendo em consideração que o bem identidade genética pessoal é indissociável do bem identidade genética da espécie humana há que problematizar este direito a nível mundial, para além do nível europeu e nacional, que analisaremos neste artigo. Foi isso aliás que se fez na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, adotada unanimemente por aclamação em 11 de Novembro de 1997 na 29.^a sessão da Conferência Geral da UNESCO.

Todavia, esta e outras tentativas de conciliação universal nesta matéria são sempre afetadas por grandes dificuldades a nível dos conceitos e das várias concepções perfilhadas quanto à vida pré-natal e sua proteção⁶, pois já no que respeita aos direitos dos nascidos não há divergências. Assim, a Declaração sobre o Genoma Humano, ao tentar estabelecer um mínimo consensual nestas matérias, permite, contudo, leituras ambíguas. Começando por afirmar no seu artigo 1.^o que “O genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana e do reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas. Em sentido simbólico, o genoma humano é o património da humanidade”, podendo considerar-se que o nascituro estaria aqui incluído, a Declaração, no entanto, depois passa a utilizar o conceito de pessoa (veja-se, desde logo, o ponto B. da Declaração, cuja epígrafe é “Direitos dos Indivíduos”). Em parte alguma alude aos embriões e apenas, no art. 24.^o *in fine*, admite que as intervenções em células germinais – sem discriminar os vários tipos – podem ser contrárias à dignidade humana.

Quanto à clonagem, a Declaração estabelece no art. 11.^o que “Não devem permitir-se as práticas que sejam contrárias à dignidade humana, como a clonagem com fins de reprodução de seres humanos.”

Esta Declaração não é vinculativa. Mas, não deixa de ser o primeiro passo “mundial” para o aparecimento de Convenções nesta matéria. Como diz João Loureiro, esta Declaração “pretende ser, sobretudo, um documento de promoção da tutela do genoma humano”⁸.

Vejamos agora a garantia da identidade genética no sistema europeu de direitos humanos.

⁶ Apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece expressamente a protecção da vida pré-natal.

⁷ Na versão original inglesa “Rights of persons concerned”.

⁸ Cfr. Loureiro, Ob. Cit., pp. 371-372.

2. A garantia da identidade genética no sistema europeu de direitos humanos

a) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) não prevê expressamente o direito à identidade genética. Contudo, à medida que a ciência médica e biológica foi evoluindo, permitindo manipulações genéticas e técnicas de reprodução artificial humana, a proteção dos valores essenciais como a identidade genética e a dignidade do ser humano carece de uma maior vigilância. Esta situação levou a que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na sua Recomendação n.º 934, de 26 de Janeiro de 1982, sobre Engenharia Genética, considerasse, no seu ponto 4.º, alínea a) que “os direitos à vida e à dignidade humana garantidos pelos artigos 2º e 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem implicam um direito de herdar características genéticas não manipuladas” e na alínea b) que “este direito deve ser expressamente enunciado no quadro da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, tendo, em conta, no entanto, na alínea c) que “o reconhecimento expresso deste direito não pode impedir aplicações terapêuticas de engenharia genética (terapia dos genes), cheia de promessas para o tratamento e eliminação de certas doenças transmitidas geneticamente”.

Levando em consideração estes elementos, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa recomendou ao Comité de Ministros no ponto 7.º, alínea b) deste mesmo texto que “previsse o reconhecimento expresso, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do direito a um património genético não manipulado, salvo em aplicação de determinados princípios, cuja plena compatibilidade com o respeito dos direitos do homem (por exemplo, no âmbito da aplicação terapêutica) tenha sido reconhecida”.

Embora o direito a um património genético não manipulado nunca chegasse a ser expressamente consagrado no texto da CEDH, o facto é que esta Recomendação da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa abriu as portas para a afirmação deste mesmo direito no quadro da Convenção, apelando ao direito à vida, conjugado com a dignidade humana (arts. 2.º e 3.º da CEDH). Assim começa a proteção do direito à identidade genética num quadro regional.

b) A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da biologia e da medicina, frequentemente designada por Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina representa o primeiro grande passo dado na conquista dos chamados direitos biomédicos. Antes dela nenhuma outra convenção se tinha pronunciado directamente sobre as questões colocadas pelas tecnologias biológicas ou médicas. A elaboração deste texto legal implicou quase cinco

árduos anos de trabalho, uma vez que chegar a consenso nestas matérias era extremamente difícil. No entanto, tal acabaria por ser conseguido.

Esta convenção visava encontrar um quadro normativo mínimo comum a nível europeu que estabelecesse “*os equilíbrios justos mas difíceis entre os direitos e os interesses do indivíduo, da sociedade, da ciência e da espécie humana*”⁹. Todavia, e apesar de elaborada no seio de uma instituição europeia (Conselho da Europa), ela tinha uma vocação universal, pois estava também aberta a Estados não europeus (cfr. artigos 33.º, n.º1, e 34.º da mesma), tendo sido, finalmente, adotada em Oviedo a 4 de Abril de 1997.

Segundo esta Convenção, as novas tecnologias só podem ser utilizadas para fins de prevenção, diagnóstico ou terapia, do mesmo modo que as técnicas de fecundação artificial ou a intervenção médica durante a gravidez não podem ser utilizadas para escolher o sexo da criança, a não ser que tal seja essencial para evitar doenças hereditárias ligadas ao sexo. A Convenção apela a uma proteção suficiente dos embriões humanos em países nos quais estes podem ser objeto de investigação. A criação de embriões para a investigação é proibida.

No seu articulado encontramos assim um conjunto de preceitos fundamentais para a proteção da identidade genética, pessoal e mesmo da espécie, embora a expressão “identidade genética” não chegue a ser utilizada. Logo no artigo 1.º da Convenção estabelece-se a obrigação de proteger o ser humano “*na sua dignidade e na sua identidade*” e de garantir “*a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina*”.

A Convenção contém também normas relativas à proibição de discriminação com base no património genético (art. 11.º) e a testes genéticos preditivos (art. 12.º).

No entanto, as normas mais importantes para o nosso estudo são as constantes dos arts. 13.º e 14.º. O art. 13.º refere-se às intervenções no genoma humano e nele se dispõe que “*Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência.*”.

Em termos sintéticos, com esta norma pretende-se:

“a) Circunscrever as intervenções genéticas admissíveis àquelas que prossigam finalidades terapêuticas lato sensu, isto é, incluindo as realizadas para efeitos de diagnóstico;

⁹ Expressão de Luís Archer - in prefácio de: Silva, P. *Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina* Anotada, 1ª edição, Edições Cosmo, Lisboa, 1997, pp. 13.

b) Proibir as intervenções em células germinais, destinadas a modificar o genoma dos descendentes.”¹⁰

O preceito, no fundo, abre a porta a intervenções em células germinais, desde que não tenham fins procriativos, seguindo a linha estabelecida pela Recomendação n.º 934 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, permitindo intervenções com finalidades terapêuticas.

Nos termos do relatório explicativo desta Convenção o artigo 13.º não exclui terapia génica somática que possa vir a ter efeitos laterais indesejados em células da linha germinal. O exemplo avançado no relatório é o de tratamentos, por meio de radioterapia ou quimioterapia, de pacientes com cancro, que poderão vir a afetar o seu sistema reprodutivo.¹¹

No artigo 14.º rejeita-se a utilização de técnicas de reprodução assistida para escolher o sexo da criança a nascer, excepto se tal tiver como fim evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo.

A Convenção foi objeto de um protocolo adicional, adotado em 12 de Janeiro de 1998, no sentido de proibir a clonagem de seres humanos.

A Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 1 de dezembro de 1999 e na ordem jurídica portuguesa em 1 de dezembro de 2001. O seu protocolo adicional sobre a clonagem entrou em vigor na ordem internacional em 1 de março de 2001 e na nossa ordem interna em 1 de dezembro de 2001. No entanto, nada impediu que desde a assinatura da Convenção em Oviedo em 4 de abril de 1997 se tenham vindo a produzir efeitos consideráveis a nível europeu e nacional.

c) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

O Tratado de Lisboa, embora não integrando o texto da Carta nos Tratados ditos constitucionais, previu que a Carta dos Direitos fundamentais tivesse um valor idêntico ao dos Tratados, conferindo-lhe assim força vinculativa (veja-se a propósito o n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia). Esta força vinculativa atual da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é uma das grandes conquistas da União.

Nesta matéria importa desde logo atentar no artigo 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) que proclama a inviolabilidade da dignidade do ser humano, devendo a mesma ser respeitada e protegida. Trata-se não só de um direito fundamental, mas da própria base dos direitos fundamentais¹². Assim, o artigo

¹⁰ Loureiro, Ob. Cit, pp. 368-369.

¹¹ *Idem*, pp. 369.

¹² SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (Coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 33.

1.º da CDFUE, em conjugação com o artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE)¹³, serve de fundamento a todo o sistema de proteção dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União, pois, não sendo subsumível a qualquer dos direitos fundamentais consagrados na CDFUE, adquire conteúdo preciso através da sua expressão e concretização nesses direitos e constitui, em relação a eles, um critério valorativo e interpretativo conferidor de “unidade de sentido”¹⁴. Trata-se no fundo de uma expressão genérica, cujo conteúdo deve ser concretizado através de decisões judiciais proferidas em casos concretos¹⁵.

Por seu turno, o art. 3º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sob a epígrafe “*Direito à integridade do ser humano*” dispõe o seguinte:

“1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.

2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

- O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;

- A proibição de práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção de pessoas;

- A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;

- A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.”

Os princípios enunciados neste artigo não são inovadores, inovadora em si é apenas a consagração de princípios ligados à biomedicina num documento ligado à União Europeia. Como vimos, estes princípios foram consagrados na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, adotada no âmbito do Conselho da Europa. Esta e o seu protocolo adicional que proíbe a clonagem, com força jurídica vinculante para os seus Estados parte, são aliás as grandes matrizes inspiradoras do n.º 2 deste artigo 3.º. Atente-se que as três primeiras disposições deste n.º 2 do art. 3º têm algo de similar com parte da divisão capitular da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina. Veja-se o capítulo II relativo ao consentimento, o capítulo IV relativo ao genoma humano e ao capítulo VII relativo à proibição de obtenção de lucros e utilização de partes do corpo humano. Quanto à 4ª disposição do n.º 2 do art. 3.º, a matriz é já o protocolo adicional à Convenção (protocolo esse que proíbe a clonagem de seres humanos).

Assim sendo, a Carta não pretende de modo algum derogar as disposições da Convenção. A Carta “*proíbe apenas a clonagem reprodutiva. Não autoriza nem proíbe*

¹³ Artigo 2º do TUE: “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana...”.

¹⁴ SILVEIRA, A. e CANOTILHO, M. (Coord.). *Ob. Cit.*, pp. 33 e 34.

¹⁵ *Idem*, pp. 34.

as outras formas de clonagem. Não impede pois de modo algum que o legislador proíba as outras formas de clonagem.”¹⁶

Integrando-se no capítulo I da Carta, relativo à “*Dignidade*”, o art. 3.º da Carta possui dois números: o primeiro consagra o direito à integridade física e psíquica das pessoas, através duma cláusula geral; o segundo, através duma cláusula específica que se circunscreve no âmbito da medicina e da biologia estabelece uma série de exigências e proibições cuja transgressão implicará a violação do direito à integridade.

Navas Castillo¹⁷ afirma ainda que da análise do art. 3.º resulta que a Carta não quis abarcar, com a expressão “pessoa”, ao concebido ainda não nascido, sendo assim, titular do direito à vida e com ele do direito à integridade da pessoa unicamente a pessoa nascida. No entanto, isso não impede que se possa afirmar a sua proteção jurídica, já que, caso contrário, não teria sentido a proibição que se estabelece relativa às práticas eugénicas, já que estas podem supor uma intervenção sobre o embrião humano. Nesta perspetiva, o embrião humano, embora não se possa considerar sujeito de direitos, deve ser objeto de alguma e especial proteção jurídica, dados os avanços biomédicos, e tendo em conta a dignidade, identidade e integridade do ser humano. Em qualquer caso, a proteção jurídica a dispensar à integridade do concebido no âmbito do quadro comunitário encontra-se condicionada pelo estatuto jurídico que corresponda ao embrião humano neste mesmo quadro.

Em concreto e relativamente ao n.º 2 do art. 3.º da Carta, de acordo com o Parlamento Europeu, aqui se estabelecem os requisitos mínimos que se impõem ao legislador da União Europeia. Não se trata de uma enumeração exaustiva de todas as regulamentações necessárias, mas sim, no fundo, de estabelecer um mínimo denominador comum.

Relativamente à 1ª disposição respeitante ao consentimento livre e esclarecido, segundo Navas Castillo¹⁸ cumpre dizer que o consentimento livre e informado configura-se como o ato que permite ao paciente o exercício dos seus direitos de personalidade, daí que a vulneração desse consentimento implique uma afronta à liberdade pessoal do paciente, como também ao seu direito à integridade tal e como preceitua este artigo 3.º. Aliás, isto corresponde à evolução do conceito de paciente, este não é já um mero sujeito passivo da relação médica, mas passa a ser um sujeito (ativo) titular de direitos.

Quanto à 2.ª disposição concernente à proibição de práticas eugénicas, o que está aqui essencialmente em causa é a proibição de organização e implementação de “*programas de seleção que incluam, designadamente, campanhas de esterilização,*

¹⁶ Anotação feita ao art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia da responsabilidade do Comité de Redação da Instância (*Praesidium*), na versão constante do Doc. Charte 4487/00 Convent 50.

¹⁷ Navas Castillo, A. “El derecho a la integridad de la persona”, in AA.VV., *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia, Tirant to Blanch, Valencia, 2004, pp. 252.

¹⁸ *Idem*, pp. 258-259.

*situações de gravidez forçada, casamentos étnicos compulsivos... em suma, actos considerados como crimes internacionais pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional adoptado em Roma a 17 de Julho de 1998 (ver o n.º 1, alínea g) do art. 7.º)*¹⁹. Esta proibição de práticas eugénicas abarca também todas as intervenções no genoma humano com vista à seleção da espécie, as chamadas intervenções com escopo eugénico (positivo) que podem ser definidas como “*aquelas que se aplicam a seres humanos sem qualquer fim terapêutico, mas apenas o de desenvolver certas características complexas (por exemplo, inteligência ou personalidade)*”²⁰. Veja-se a propósito o artigo 13.º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina.

A 3.ª disposição corresponde aos ditames dos artigos 21.º e 22.º da Convenção para os Direitos do Homem e a Biomedicina em que se proíbe a utilização do corpo humano ou das suas partes enquanto tais como fonte de lucro. Esta utilização lucrativa viola a dignidade do ser humano e poderia consubstanciar violações à integridade do ser humano.

Por último, a 4.ª disposição que proíbe a clonagem reprodutiva dos seres humanos, vem na sequência dos vários textos que se têm produzido a nível regional e mundial que se manifestam no sentido da proibição da clonagem com a finalidade de reprodução dos seres humanos. Esta disposição não autoriza, nem proíbe a clonagem terapêutica, que, como sabemos, teria grandes efeitos benéficos no sentido de órgãos clonados, como portadores da mesma identidade genética, serem insuscetíveis de rejeição por parte do organismo. Fica a questão da clonagem terapêutica em aberto para o legislador.

Segundo Navas Castillo²¹, o texto do artigo 3º CDFUE e os demais regionais e universais concernentes a estas questões genéticas visam fundamentalmente evitar paraísos genéticos, isto é, âmbitos estatais onde a atividade de investigação e a sua aplicação não se encontre submetida a nenhum tipo de limites, para, deste modo, evitar, na medida do possível, que se vulnere a dignidade humana como consequência das aplicações derivadas das ciências biomédicas.

3. O direito à identidade genética na Constituição da República Portuguesa

O artigo 26.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) dispõe que: “A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano,

¹⁹ Anotação feita ao art. 3.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia da responsabilidade do Comité de Redação da Instância (*Praesidium*), na versão constante do Doc. Charte 4487/00 Convent 50.

²⁰ Loureiro, Ob. Cit., pp. 310.

²¹ Navas Castillo, Ob. Cit., pp. 265.

nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.”

Este preceito foi introduzido pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro (quarta revisão constitucional) e “*traduz a elevação a nível constitucional formal da chamada «**bioconstituição**» ou «**constituição biomédica**»*”²².

A raiz deste preceito é o reconhecimento explícito da existência de uma “constituição genética individual” ou do genoma de cada ser humano, que pode ser objeto de “atentados” por parte da criação, desenvolvimento e utilização das novas tecnologias e da experimentação científica. Assim, a proteção conferida por este normativo é individual e ao mesmo tempo geral, pois também se destina a proteger a identidade genética da espécie humana. Este normativo não passa de um reconhecimento constitucional de, pelo menos, uma das conclusões a que os participantes na Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina tinham chegado: a necessidade de proteção do bem identidade genética, individual e geral (enquanto bem da espécie humana) face aos avanços científicos e tecnológicos, conclusão essa bem patente no art. 1.º da referida Convenção: “As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina. Cada uma das Partes deve adotar, no seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção.”

Parece-nos que a primeira medida portuguesa para dar aplicação à Convenção (apesar da mesma ainda não estar em vigor na ordem jurídica portuguesa aquando da 4.ª revisão constitucional por motivos inerentes ao processo de ratificação) foi exatamente esta consagração constitucional do direito à identidade genética e da imposição legiferante para o garantir (art. 26.º, n.º 3, da CRP).

Coloca-se a questão de saber em que consiste a garantia da identidade genética. Ora, analisando as considerações dos principais constitucionalistas na anotação ao artigo 26.º da CRP, a garantia da identidade genética parece estar na:

- Proibição da reprodução artificial da mesma constituição genética ou do mesmo genoma humano (esta proibição abrange desde logo a clonagem reprodutiva);
- Proibição da utilização das novas tecnologias para a produção de “outro seres”, como seres híbridos ou quimeras;
- Proibição de práticas de manipulação genética tendentes à criação de seres humanos sem sexo ou hermafroditas (dotados simultaneamente de sexo feminino e de sexo masculino);

²² Canotilho, J. e Moreira, V. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 472.

- Proibição do eugenismo, isto é, na proibição da modificação genética de um embrião com vista à obtenção de determinadas características que se consideram desejáveis.

Tenha-se em conta ainda que *“A garantia da dignidade pessoal e a garantia da identidade genética do ser humano não são inconstitucionalmente postas em causa pelas práticas de fertilização artificial e de reprogenética, entendendo-se que os chamados direitos reprodutivos podem alicerçar-se em procedimentos biomédicos de fertilização extracorporal (fertilização in vitro, IVF) e transferência de embriões.”*²³

O artigo 26.º, n.º 3, da CRP contém uma *“imposição legiferante («a lei garantirá...»)*²⁴, imposição esta destinada a garantir por via legislativa que as novas tecnologias e a experimentação científica não põem em causa a identidade genética dos seres humanos. Como vimos, este dispositivo vem na sequência de um relevante documento internacional sobre esta matéria (ex.: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina), aos quais se seguiram muitos outros. No entanto, a nossa Constituição quis impor ao legislador nacional a garantia deste “direito à identidade genética”, o que se justifica face aos contínuos e por vezes incontrolados avanços científicos e tecnológicos. Uma das leis garantísticas da identidade genética é a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, como veremos.

No entanto, tenha-se em conta que, mesmo *“na falta de lei, numa ordem constitucional aberta a uma conceção internacionalista dos direitos fundamentais (artigo 16º), não é possível ignorar o sentido das regras estabilizadas constantes de textos internacionais (e, nomeadamente, a Convenção de Oviedo).”*²⁵

Ademais, a ausência de uma norma com o teor do artigo 26.º, n.º 3 da CRP não significaria que o bem identidade genética não fosse já objeto de proteção. Tal proteção adviria tanto do facto do direito à identidade genética ser na opinião de muitos um direito integrante do direito à identidade pessoal e como tal ser dessa forma protegido ou então, como outros defendem, o direito à identidade genética seria um direito materialmente constitucional na aceção de direito a um património genético inviolado, na sequência do que foi afirmado pela Assembleia Parlamentar do Conselho de Europa na Recomendação n.º 934.

Com efeito, segundo Paulo Otero, o direito à identidade pessoal (previsto no artigo 26º, nº 1 da CRP), destinado a *“garantir aquilo que identifica cada pessoa como indivíduo, singular e irreduzível”*²⁶, *“compreende duas diferentes dimensões:*

²³ *Idem*, pp. 474.

²⁴ *Ibidem*, pp. 472.

²⁵ Miranda, J. e Medeiros, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra 2005, pp. 295.

²⁶ Cfr. Canotilho e Moreira, *Ob. Cit.*, pp. 462.

a) a identidade pessoal tem uma *dimensão absoluta ou individual* – cada pessoa tem uma identidade definida por si própria, expressão do carácter 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 à historicidade pessoal”.²⁷

Relativamente à dimensão absoluta ou individual da identidade pessoal, tenha-se em consideração que é aqui que se deve integrar o direito à identidade genética pois “não obstante a natureza humana ser sempre a mesma, a verdade é que ela se realiza de forma exclusiva em cada ser humano, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo carácter único e diverso dos seus elementos genéticos”²⁸. Veja-se a propósito o artigo 2.º, alínea b) da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, adoptada pela Unesco em 11 de Novembro de 1997.

Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, “a **identidade genética própria** é uma das componentes essenciais do direito à identidade pessoal.”²⁹

Relativamente à dimensão relativa da identidade pessoal, há que ter em atenção que, como já se disse, a identidade pessoal «comporta também uma ideia de relação: cada ser humano, além de uma singularidade própria e exclusiva, tem a sua identidade definida, paralelamente, pela “história” ou “memória” em que se encontra inserida a sua existência no confronto com outras pessoas»³⁰. A identidade pessoal nesta dimensão compreende assim “o conhecimento da ‘história’ de cada pessoa”³¹.

Para Gomes Canotilho e Vital Moreira “o direito à historicidade pessoal [componente do direito à identidade pessoal] designa o direito ao conhecimento da identidade dos progenitores”.³²

Considerando o direito à identidade genética como parte integrante do direito à identidade pessoal, somos da opinião que o direito à identidade genética segue o regime constitucional do direito à identidade pessoal. Procederemos então à explanação

²⁷ Cfr. Otero, P. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 63 e 64.

²⁸ *Idem*, pp. 66.

²⁹ Cfr. Miranda e Medeiros, Ob. Cit., pp. 284.

³⁰ Cfr. Otero, Ob. Cit., pp. 71.

³¹ *Idem*.

³² Cfr. Canotilho e Moreira, Ob. Cit., pp. 462.

genérica de tal regime, recorrendo aos ensinamentos de Jorge Miranda³³. Segundo este ilustre constitucionalista podemos distinguir três níveis de regime ao nível dos direitos fundamentais: “a) regime comum a todos os direitos fundamentais (e a todos os direitos previstos na ordem jurídica portuguesa; b) regime comum, mas com variações ou diferenciações determinadas pela diversa estrutura dos direitos; c) regime específico dos direitos, liberdades e garantias, por uma banda, e regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais, por outra banda”³⁴.

Cada um dos regimes em causa abrange um conjunto de princípios pertinentes que encontram reflexo em artigos constitucionais. Ora vejamos:

No primeiro regime comum integram-se:

- O princípio da universalidade (previsto no art. 12.º e complementado pelos arts. 14.º e 15.º) e

- O princípio da igualdade (art. 13.º).

O segundo regime comum abarca:

- O princípio da proporcionalidade (arts. 2.º; 18.º, n.º 2; 19.º, n.ºs 4 e 8; 30.º, n.º 5; 50.º, n.º 3; 65.º, n.º 4; 266.º, n.º 2, 270.º e 272.º, n.º 2);

- O princípio da proteção da confiança (arts. 2.º e 266.º, n.º 2); o princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais (arts. 18.º, n.º 1; 29.º, n.º 2 da DUDH e 19.º, n.º 3);

- O princípio da tutela jurídica, através dos tribunais (arts. 20.º; 202.º; 268.º, n.ºs 4 e 5; 280.º, n.ºs 1 e 2), do Provedor de Justiça (art. 23.º) e do exercício de direito de petição (art. 52.º, n.º 1);

- O princípio da responsabilidade civil das entidades públicas e dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes em caso de violação de direitos (arts. 22.º e 269.º, n.º 1).

Há ainda que ter em conta aqui que os direitos, liberdades e garantias (de forma explícita) e os direitos económicos, sociais e culturais (de forma implícita) constituem limites materiais de revisão constitucional.

O regime específico dos direitos fundamentais é, por sua vez, distinto, consoante se trate de um direito, liberdade e garantia ou de um direito económico, social e cultural.

Dentro do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, como é o caso do direito à identidade pessoal, Jorge Miranda elenca como princípios específicos os seguintes:

³³ Aqui faremos uma síntese do regime explanado por Jorge Miranda em MIRANDA, J., *Manual de Direito Constitucional, Op. Cit.*, pp. 171 a 183.

³⁴ *Idem*, pp. 171.

- a) O princípio de reserva de lei (art. 18.º, n.ºs 2 e 3, nomeadamente);
- b) O princípio do caráter restritivo das restrições (art. 18.º, n.ºs 2 e 3);
- c) O princípio do caráter excecional da suspensão (art. 19.º);
- d) O princípio da afetação individual apenas verificados os pressupostos e as garantias da Constituição e da lei (arts. 27.º, n.ºs 2 e 3; 36.º, n.º 6, etc.);
- e) O princípio da responsabilidade criminal em caso de violação pelos titulares dos órgãos do poder político e pelos funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas (arts. 117.º, n.º 1 e 269.º).

Neste regime há ainda que tomar em consideração que os direitos, liberdades e garantias entram na reserva de competência da Assembleia da República, seja reserva legislativa absoluta [art. 164.º, alíneas a), e), h), i), j) e p)] e relativa [art. 165.º, n.º 1, al. b)]; seja reserva de aprovação de convenções internacionais [art. 161.º, al. i)]; e em princípio sobre eles está vedado legislar aos órgãos das regiões autónomas [arts. 112.º, n.º 4 e 227.º, n.º 1, al. e)].

De notar que o artigo 17.º estatui que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica³⁵ também a direitos de natureza análoga previstas na Constituição e na lei.

4. O direito à identidade genética e os novos desafios da procriação medicamente assistida

Em 2006, em Portugal, com a Lei n.º 32/2006, de 26 de junho (doravante LPMA), foi regulada a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, pondo termo ao vazio legislativo em que nos encontrávamos relativamente às práticas de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico genético pré-implantação, manipulação genética, entre outras. Esta lei assenta no princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo no seu n.º 2 do seu art. 3.º a proibição de qualquer “discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnica de PMA”. Não obstante, o artigo 2.º da LPMA afirma expressamente que esta lei se aplica ao diagnóstico genético pré-implantação e a outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalente ou subsidiárias. É neste âmbito que se centra a nossa análise, pois é através desta Lei – lei garantística – que se tutela a identidade genética do ser humano.

A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho foi influenciada pelo artigo 3.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União nas dimensões que se seguem:

- a) A questão do consentimento foi tida em atenção no que toca aos beneficiários das técnicas de reprodução assistida. Segundo o art. 6.º, n.º 2 da Lei “As técnicas só podem ser utilizadas em benefício de quem

³⁵ Sobre a extensão de aplicação do regime ver MIRANDA, J., *Ob. Cit.*, pp. 181 a 183.

tenha, pelo menos, 18 anos de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica.”;

- b) A questão da proibição das práticas eugénicas foi reafirmada no art. 7.º, n.º 2 da Lei, segundo o qual “As técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.”

Esta Lei excetua e bem no n.º 3 os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a deteção direta por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave. O n.º 5 deste artigo 7.º proíbe a aplicação das técnicas de diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifactoriais onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

- c) A questão da proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro tem também a sua influência nesta Lei, pois no artigo 18.º proíbe-se a compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.
- d) Quanto à proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos também na sequência da Carta dos Direitos Fundamentais, a nossa Lei no artigo 7.º, n.º 1, proíbe a clonagem reprodutiva com o objetivo de criar seres humanos geneticamente idênticos.
- Ademais a tutela da identidade genética além da inviolabilidade e irrepetibilidade da constituição genética deve assegurar também que o ser a criar não seja privado da sua humanidade³⁶. Desta forma, proíbe-se também a utilização das técnicas de PMA com o objetivo de originar quimeras ou híbridos que constituem modos de produção de novos seres vivos. Na quimera, estamos já perante embriões, procedendo-se à fusão de células totipotentes de dois ou mais embriões de espécies diferentes. No caso dos híbridos a questão coloca-se antes da existência de um ser, ou seja, misturam-se *ab initio* gametas de espécies distintas. Facilmente se percebe que a criação deste tipo de seres afeta em larga escala a dignidade da pessoa humana, a sua integridade e a sua humanidade.

Anteriormente, apontávamos como potencial inconstitucionalidade da LPMA o facto de não poderem ser beneficiários das técnicas de PMA as pessoas do mesmo sexo casadas ou em união análoga à dos cônjuges, bem como as pessoas singularmente consideradas, salvo nos casos do artigo 22.º n.º 3 onde se admite a possibilidade de transferência de embrião mesmo após o falecimento do pai.

Recentemente, dez anos após a promulgação da Lei n.º 32/2006, surgem duas grandes alterações à mesma:

³⁶ Loureiro, Ob. Cit., pp. 330-331.

- a Lei n.º 17/2016 que alargou os beneficiários da procriação medicamente assistida, podendo agora a ela recorrer “os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual” (cf. artigo 6.º, n.º 2 da LPMA).

- a Lei n.º 25/2016 que admitiu o recurso à maternidade de substituição a título gratuito e apenas, e passamos a citar, “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 justifiquem.” (art. 8º, n.º 2 da LPMA).

Quanto à questão dos beneficiários da PMA, perante a atual LPMA, não podem ser beneficiários das técnicas de PMA os homens solteiros, nem os casais de homens casados ou em união análoga à dos cônjuges.

Ao partir do princípio de que existe «um modelo ideal de reprodução em que devam tendencialmente confluir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica»³⁷, a LPMA consagra a procriação medicamente assistida como método subsidiário e não como método complementar ou alternativo de procriação. Por outras palavras, na impossibilidade de fazer coincidir a parentalidade biológica, a parentalidade social e a parentalidade jurídica é que se deve recorrer às técnicas de PMA³⁸. Na LPMA esta impossibilidade está associada a um diagnóstico prévio de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou risco de transmissão de doença. No entanto, como exceção a esse paradigma a LPMA passou a prever que as técnicas de PMA podem ser utilizadas “por todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade”, podendo aqui levantar-se a questão da existência de uma discriminação com base no sexo.

Cumprir saber se a exclusão destes grupos dos beneficiários da PMA constitui ou não uma discriminação injusta e como tal proibida pelos artigos 13.º, n.º 2 (princípio da igualdade) e 26.º, n.º 1 (no que respeita a “proteção legal contra quaisquer formas de discriminação”) da CRP e se é violadora do art. 36º, n.º 1 (direito de constituir família) e de um alegado direito a procriar.

Tendo em conta a realidade que nos rodeia, igualmente constatada pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, existem pessoas que não preenchendo os requisitos relacionados com a infertilidade ou doença pretendam aceder às técnicas de PMA pois têm interesse pessoal, natural e, muitas vezes, sentido como fundamental, em procriar, em gerar descendência, em constituir família, em ser mãe ou ser pai de um ser biologicamente relacionado e cuja proibição ao acesso às técnicas de PMA são encaradas como uma «afetação gravosa dos planos de vida próprios que só não será eticamente

³⁷ Conselho nacional de ética para as ciências da vida. *Procriação medicamente assistida e gestação de substituição* 63/CNECV/2012 parecer nº 63, Março 2012, p. 4.

³⁸ *Idem*, pp. 4 e 5.

condenável se o Estado a puder justificar, fundamentar, com razões de peso»³⁹ ou seja as razões da nossa Constituição.

Com efeito, caso se entenda que a reprodução configura um direito fundamental da pessoa, com assento constitucional, por via do direito a constituir família (art. 36.º CRP), ou eventualmente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1 CRP), ou ainda, mas em termos mais remotos, do direito à saúde (art. 64.º CRP), poderemos nos encontrar perante uma violação (inconstitucional) de um direito fundamental.

De facto, a Lei Constitucional nº 1/97 (quarta revisão) acrescentou um novo direito pessoal à lista de direitos pessoais enumerados no n.º 1 do art. 26.º da CRP – o direito subjetivo à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação direta ou indireta (art. 26º, nº 1, *in fine*). Discriminação direta quando «assente *sobretudo em quaisquer dos elementos discriminatórios referenciados no art. 13º-2 (ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual)*»⁴⁰ e discriminação indireta assente, por sua vez, nas « *desigualdades de tratamento que, embora não façam apelo a elementos considerados, de forma expressa, pela Constituição, como discriminatórios, acabam em muitos casos por encontrar fundamento nestes pressupostos. É o caso de alguns regimes jurídicos no âmbito do direito de família e do direito internacional privado [preferência de entrega dos filhos à mulher, (...)]*»⁴¹. Para que se evitem resultados discriminatórios é necessário uma especial justificação que fundamente a adoção de determinada solução, com base nos princípios do Estado de Direito, nomeadamente o princípio da proporcionalidade (com os seus critérios de adequação, necessidade e razoabilidade), o princípio da igualdade (onde, tendo em conta as especificidades do caso concreto, se trate igual o que é igual e diferente o que é diferente) e a dignidade do novo ser humano.

Daqui retiramos que os grupos excluídos da PMA só o podem ser com base numa especial justificação, sob pena de estarmos efetivamente perante uma discriminação injustificada. Tendo em conta o caso em análise, onde residirá essa especial justificação? Será a mesma suficiente para exclusão dos grupos identificados dos benefícios da PMA?

Na nossa opinião, para podermos responder a esta questão temos que ter em conta que «sendo certo que a Constituição dá ao Estado a incumbência de proteger a família e regular a PMA, já não se vê, em primeiro lugar, em quê essa incumbência determina ou impõe que o Estado esteja obrigado a proteger apenas um tipo particular de família e, sobretudo, mesmo que se considerasse essa discriminação admissível, porque tal importaria, já não apenas a desproteção estatal, mas também a simultânea

³⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁰ Cfr. Canotilho e Moreira, Ob. Cit., pp. 470.

⁴¹ *Idem*, pp. 470.

proibição e sanção do acesso à PMA a famílias ou situações pessoais de outro tipo quando é certo que o Estado as admite e legitima através da própria lei»⁴².

Outro aspeto a ter em conta para equacionar a questão será sempre o conceito do “superior interesse do menor” que, aplicado ao caso concreto, se terá de traduzir no “superior interesse do concepturo”, superior interesse este que seria o de nascer e viver com uma família estável que lhe proporcionasse bem-estar e educação cuidada. Não se pode afirmar que permitir o acesso às técnicas de PMA a homens solteiras ou membros de casais homossexuais constitui uma instrumentalização da vida humana do novo ser no interesse das pessoas a quem a revisão da lei permita que recorram à PMA. Tal argumento é «inconsistente, na medida em que, do ponto de vista da motivação, da intencionalidade e do interesse de quem recorre às técnicas de PMA – e é esse o plano que conta para o diagnóstico de existência de instrumentalização – não há qualquer diferença entre estar num casal ou fora dele, viver acompanhado ou só, ter uma família ou pretender constituir uma família, ter uma ou ter outra orientação sexual. A motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais e que se traduz na intenção de procriar, de gerar descendência, de assumir maternidade ou paternidade, de constituir família, porque se pensa que isso será bom para o próprio e, sendo o caso, para o projeto parental que se comunga com alguém, acompanhado da convicção – a não ser que se estivesse no domínio de patologia que pode ocorrer em qualquer situação – de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser»⁴³.

A exclusão destes grupos dos benefícios da PMA é seguramente um dos aspetos mais controversos na Lei da Procriação Medicamente Assistida, aspeto este que carece de uma reflexão com base no princípio da proporcionalidade, tanto do ponto de vista dos eventuais danos provocados em terceiros, o interesse do novo ser, o interesse da sociedade e as motivações dos interessados. No caso de homens solteiros ou casais homossexuais do sexo masculino, a questão do acesso às técnicas de PMA é complexa, pois para estes poderem recorrer às técnicas de PMA, necessitariam de recorrer à maternidade de substituição⁴⁴, que foi recentemente, como vimos, permitida no nosso ordenamento jurídico “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 justifiquem.” (art. 8º, n.º2 da LPMA).

Muitos ainda consideram a maternidade de substituição como contra natura, um retrocesso e uma ofensa aos direitos humanos.⁴⁵

⁴² Conselho nacional de ética para as ciências da vida, *Ob.Cit.*, p. 6.

⁴³ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁴ De acordo com o art. 8.º, n.º 2, da LPMA a «maternidade de substituição» é «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 aos poderes e deveres próprio da maternidade.

⁴⁵ Neste sentido, veja-se PLATAFORMA PORTUGUESA PARA DIREITOS HUMANOS. *Feministas francesas: sobre a aprovação da gestação de substituição em Portugal*, [Em Linha], 27 de Maio de 2016.

Cumprir refletir sobre este novo regime jurídico, problematizando-se a questão de estarmos (ou não) perante uma discriminação com base no sexo, proibida pelo ordenamento jurídico nacional e europeu.

5. Conclusões

A garantia da identidade genética resulta de textos europeus como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção de Direitos do Homem e da Biomedicina e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em particular o art. 3.º. Os princípios básicos destes textos são assegurados no ordenamento jurídico nacional pelo artigo 26.º, n.º 3 da CRP e pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre procriação medicamente assistida. Esta lei, apesar de ser uma lei garantística do direito à identidade genética, trata, contudo, estas questões de forma lateral, uma vez que se destina primordialmente a regular as práticas de reprodução artificial, que haviam estado “esquecidas” e sem regulação efectiva por mais de vinte anos. Este diploma, apesar das recentes alterações a que foi sujeito em 2016, é ainda suscetível de levantar problemas de constitucionalidade, nomeadamente ao nível dos beneficiários da PMA. Não resulta claro porque é possível às mulheres solteiras recorrer a técnicas de PMA sem diagnóstico de infertilidade e tal é vedado a homens solteiros e casais de homens, mesmo quando já se permite a maternidade de substituição em algumas situações.

Assim, embora as recentes alterações legislativas tenham contribuído para o fim da discriminação de mulheres solteiras e outras mulheres inférteis por problemas de útero, assim como para os casais de mulheres, parece subsistir uma discriminação injustificada em relação aos homens considerando que há um reconhecimento da proteção constitucional da procriação assistida – visível, desde logo, pelo, art. 67.º, n.º 2, alínea e) da CRP- e o reconhecimento do direito a procriar integrado no direito a constituir família previsto no art. 36.º da CRP. O direito a constituir família, na vertente do direito de procriar, terá como limite o respeito pelo princípio da dignidade humana.

Embora louvemos as recentes alterações na PMA, alargando os beneficiários da mesma e admitindo a maternidade de substituição em certas situações, pois permitem o exercício do direito de reprodução, devemos alertar para uma possível discriminação em função do sexo relativamente aos homens que não poderão beneficiar destas técnicas e como tal constituir família nestes moldes.

Cumprir refletir sobre este novo regime jurídico, problematizando-se a questão de estarmos (ou não) perante uma discriminação com base no sexo, proibida pelo ordenamento jurídico nacional e europeu.

Referências

- Canotilho, J. e Moreira, V. Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Conselho nacional de ética para as ciências da vida. Procriação medicamente assistida e gestação de substituição 63/CNECV/2012 parecer nº 63, Março 2012.
- Loureiro, J. “O direito à identidade genética do ser humano”, in *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- Miranda, J. Manual de Direito Constitucional, Vol. II, tomo IV, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- Miranda, J. e Medeiros, R. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.
- Navas Castillo, A. “El derecho a la integridad de la persona”, in AA.VV., *Comentarios a la Constitución Europea*, Libro II, Valencia, Tirant to Blanch, Valencia, 2004.
- Otero, P. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética, Almedina, Coimbra, 1999.
- PLATAFORMA PORTUGUESA PARA DIREITOS HUMANOS. Feministas francesas: sobre a aprovação da gestação de substituição em Portugal, [Em Linha], 27 de Maio de 2016. Disponível em <<http://plataformamulheres.org.pt/feministas-francesas-sobre-aaprovacao-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>> (27.07.2017).
- Silva, P. Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina Anotada, 1ª edição, Edições Cosmo, Lisboa, 1997.
- Silveira, A. e Canotilho, M. (Coord.). Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada, Almedina, Coimbra, 2013

A OUROBOROS DISCURSIVA DO MEDO DO CRIME E OS SEUS EFEITOS DISFUNCIONAIS NA RACIONALIDADE JURÍDICO-PENAL

THE DISCURSIVE OUROBOROS OF FEAR OF CRIME AND ITS DYSFUNCTIONAL EFFECTS ON CRIMINAL LAW'S RATIONALITY

Eduardo Riboli¹

Universidade de Coimbra

Sumário: 1. Introdução; 2. Da infiltração do Medo do Crime e das reivindicações públicas por segurança no Direito Penal; a) O vislumbre do medo do crime na jurisprudência; b) A influência do medo do crime na legislação penal; 3. Do medo como emoção primitiva ao Medo do Crime; 4. O Medo do Crime; a) Variáveis do medo do crime; i. Variáveis individuais; ii. Variáveis contextuais; iii. Variáveis discursivas; 5. A Ouroboros discursiva do medo do crime; 6. O medo do crime como condutor da racionalidade jurídico-penal; a) A transformação e a redução do conceito de segurança; b) A promessa e a esperança do restauro da segurança através do direito penal: os clamores públicos por segurança e o populismo penal; 7. O medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal; a) A supervalorização da vítima e a perversão das finalidades da pena; b) A superestimação da segurança e o esquecimento da “função-escudo” do direito penal; c) A função simbólica do direito penal movido pelo medo do crime; d) Crise, medo e necessidade de transformação; 8. Algumas estratégias para lidar com o problema do medo do crime; 9. Considerações Finais; 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

Não é novidade afirmar, hoje em dia, que o direito penal está em crise. Por ser um ramo do direito que protege os bens jurídicos mais importantes para a convivência em sociedade, historicamente definidos de acordo com a valoração de cada contexto socio-temporal, o direito penal acompanha as transformações sociais e é, de certa forma, reverberado por suas crises. Como reflexo de múltiplas instabilidades e transformações sociais e econômicas, a crise do direito penal é multifacetada, podendo ser analisada sob diferentes ângulos. Escolhemos analisá-la sob o ponto de vista de um fator que, além de estimular profundas modificações no seio social, também ganhou destaque, nas últimas décadas, no campo jurídico-penal: o medo do crime.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil). Advogado

Propomos o estudo do caminho percorrido pelo medo do crime e a apreciação dos elementos que propiciam a invasão deste fenômeno social na esfera jurídico-penal tão seguidamente à sua aparição no campo político. Para tanto, imperativa é a análise da problemática equacionada entre a propagação do medo do crime por parte de uma ambição oculta no cinematográfico discurso da busca pela segurança e o seu real impacto no âmbito judicial e legislativo, como elemento disfuncional na racionalidade do direito penal.

2. Da infiltração do Medo do Crime e das reivindicações públicas por segurança no Direito Penal

A pervasividade do medo do crime no ordenamento jurídico penal depende, assim como o próprio medo do crime, de características sociais, culturais e históricas inerentes a cada sociedade, além dos perigos e temores presentes no contexto social². Reflexo disso, são as decisões e legislações penais elaboradas sob a motivação da temática.

a) O vislumbre do medo do crime na jurisprudência

A análise de decisões judiciais permite verificar que o sentimento de insegurança é utilizado para embasar a dosimetria da pena, o (in)deferimento de recursos criminais e medidas de coação como a prisão preventiva, além de fundamentar condenações criminais.

Em Portugal, por exemplo, o sentimento de insegurança é predominantemente utilizado na análise da necessidade da finalidade de prevenção geral da pena e assim proceder a sua dosimetria. A análise da prevenção geral com base no medo do crime é preocupante, posto que o limiar entre a exigência de prevenção geral e o atendimento a clamores públicos por punição e segurança é extremamente estreito, o que pode resultar em uma decisão baseada em critérios políticos em lugar de uma racionalidade juridicamente fundamentada.

Em boa parte das decisões analisadas o agravamento da pena aparece justificado por uma exigência de prevenção geral fundamentada no temor da sociedade em relação a crimes específicos, seja por sua gravidade, seja por uma alegada repetitividade na sociedade, como o que restou decidido no acórdão do Tribunal da Relação do Porto n.º 2612/2017 de 26-04-2017, no qual o *quantum* da pena foi considerado adequado às “finalidades punitivas, e às elevadas exigências de prevenção”, “pelo sentimento de insegurança que comportamentos deste tipo provocam na comunidade em geral, desde

² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I (Orgs.) COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 282; ALTHEIDE, D. L. *Creating Fear: News and the Construction of Crisis*, Aldine de Gruyter, Nova York, 2002, p. 54.

logo, pelo desprezo pela integridade física e pela vida que revelam”. Na mesma senda, o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão n.º 2/2015 de 09-09-2015, considerou importante “referir que os furtos a residências, nas condições em que ocorreram os furtos em análise nestes autos, criam na comunidade em geral um sentimento de insegurança e de alarmismo que é preciso considerar”. Por outro lado, e em corroboração ao argumento lapidado no presente estudo, merece destaque o voto vencido do acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n.º 5715/2010 de 17-06-2010, a fundamentação sustenta-se, acertadamente, na racionalidade jurídica em sobreposição aos clamores populares por punição e segurança, pelo impedimento dos efeitos disfuncionais do medo do crime. A julgadora defendeu que “por muito que o crime (...) provoque ‘na sociedade sentimento de repulsa e reprovação’, tal não basta para integrar sem mais o conceito da parte final da al. c) do art. 204.º do CPP”.

b) A influência do medo do crime na legislação penal

Embora nítido na opinião pública e pressão popular e até mesmo perceptível em projetos de lei, reconhecemos que elencar o medo do crime como justificativa para a edição de uma norma penal pode comprometer a racionalidade do ato legislativo, especialmente se desacompanhado de substrato criminológico. Em razão disso, em um primeiro momento o medo do crime parece não ser um elemento que detenha uma real autonomia no legislar penal. Contudo, não raras vezes, o medo do crime é elencado como justificativa para a propositura de legislações penais, seja de modo direto, ou indireto (subjacente a outros termos como *alarme social*, *comoção popular*, *abalo da paz pública* e afins). Em certos casos, o medo do crime ainda pode estar oculto sob diferentes motivações políticas, econômicas e sociais. De modo a exemplificar a infiltração do medo do crime na legislação penal, referimos como exemplo a lei brasileira n.º 8.930 de 06 de Setembro de 1994 e o “Caso Raval”, episódio criminal ocorrido em Barcelona, Espanha, em 1997.

Responsável por incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos do ordenamento jurídico brasileiro, a Lei n.º 8.930 de 06 de Setembro de 1994 é um exemplo paradigmático para o estudo do medo do crime. A referida norma foi resultado de intensos clamores públicos por punição decorrentes do homicídio da atriz Daniella Perez, episódio criminal que causou grande comoção popular e restou conhecido como “Caso Daniella Perez”³. A brutalidade com que a atriz foi assassinada provocou intenso furor na população brasileira e foi alvo de uma exaustiva cobertura jornalística⁴. O crime

³ Em suma, na data de 28-12-1992, a atriz Daniella Perez foi assassinada “pelas mãos do ator e então colega de *novela das oito*, Guilherme de Pádua, e de sua esposa, Paula Thomaz, os quais a executaram com o uso de uma tesoura e uma chave de fenda” (SOUZA, L. A.; FERREIRA, R. C. A. “Discurso midiático penal e exasperação repressiva”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 94, 2012, pp. 371).

⁴ RODRIGO, M. L. J.; SANTOS, R. A. “Derecho Penal de Emergencia: Medios de Comunicación y Adopción de Medidas Penales Excepcionales”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 67, 2015, p. 496; SOUZA, L. A.; FERREIRA, R. C. A. Op. cit., pp. 371-372.

intensificou o clima de medo que pairava sobre a população naquele momento histórico e originou diversas manifestações sociais por segurança e punição, as quais culminaram em um projeto de lei de iniciativa popular⁵, a partir da colheita de cerca de um milhão e trezentas mil assinaturas de cidadãos brasileiros⁶. As expressões utilizadas no projeto de lei denotam nitidamente a influência do medo do crime na elaboração da proposta legislativa. A adjetivação dada aos crimes descritos no projeto (“repulsivos”, “episódios de selvageria” e “hedionda violência”), a remissão ao caos e desordem supostamente causados por tais episódios criminais (“susceptíveis de trazer singular abalo à paz pública e a ordem social”) e a confiança de que a edição da lei conferiria segurança à sociedade brasileira (“contribuirá para reduzir a crueldade e violência que vêm acometendo, principalmente, os grandes centros urbanos”) indicam a nítida presença do medo do crime na elaboração da proposta que deu origem à Lei n.º 8.930/1994. Com a promulgação da Lei n.º 8.930/1994, o homicídio qualificado foi incluído no rol dos crimes hediondos contidos na Lei n.º 8.072/1990, uma lei penal de cunho repressivo, que priva uma série de direitos e garantias de agentes que provoquem qualquer um dos delitos elencados no rol do seu artigo 1º, como o direito a anistia, graça, indulto, a possibilidade de obter liberdade provisória, entre outros. A Lei n.º 8.930/1994 foi fundamentada no medo do crime e em uma alegada sensação de insegurança generalizada, em detrimento de dados criminológicos e do saber jurídico, desvirtuando a função de proteção de bens jurídico-penais em nome da (promessa de) segurança.

Situação semelhante é a do “Caso Raval”, ocorrido no bairro El Raval, em Barcelona, Espanha. À época, a polícia investigou e desmantelou uma suposta rede de pedofilia no referido bairro, causando grande repercussão midiática e comoção social naquele país⁷. A forma como o caso foi tratado pela mídia e pelo governo espanhol culminou em um intenso alarme social, que foi determinante na edição da Ley Orgánica n.º 11/1999, de 30 de Abril, a qual modificou significativamente os delitos contra a liberdade sexual. Dentre os argumentos elencados para justificar a mudança legislativa estavam os alarmes sociais provocados na sociedade espanhola, que, conforme afirmado na exposição de motivos do projeto, reivindicava mais proteção quanto aos delitos referentes à liberdade sexual⁸. A Ley Orgánica n.º 11/1999, de 30 de Abril, modificou diversos dispositivos do Código Penal Espanhol, dentre eles os prazos prescricionais dos delitos sexuais em que a vítima seja menor de idade⁹. Após as alterações legislativas,

⁵ Prevista no artigo 61, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁶ Projeto de Lei n.º 4146/1993, p. 3, disponível em: <<http://www.camara.leg.br/>>.

⁷ RODRIGO, M. L. J.; SANTOS, R. A. Op. cit., pp. 499-500.

⁸ “Asimismo, los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual” (Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-9744>>, último acesso em 09 de Julho de 2017).

⁹ Disposição hoje prevista no n.º 1 do artigo 132 do Código Penal Espanhol.

verificou-se que as acusações sobre as práticas de crimes sexuais contra menores eram falsas e produto de sucessivos erros policiais, judiciais e, especialmente, midiáticos. Percebem-se neste exemplo legislativo as mesmas consequências das leis anteriormente expostas, principalmente o endurecimento do direito penal.

O medo do crime é um conceito excessivamente problemático para servir de fundamento jurídico-penal, principalmente em casos que impliquem restrições a liberdades, direitos e garantias fundamentais, visto que, conforme veremos, não é fundado em informações cientificamente comprovadas, mesmo que alguns dados científicos possam ser astuciosamente manipulados para tendenciá-lo. Para a correta compreensão do medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal é preciso primeiro compreendê-lo como um problema social.

3. Do medo como emoção primitiva ao Medo do Crime

Da mesma forma como nos demais animais, o medo serve como mecanismo de preservação para o ser humano¹⁰, porém o que o diferencia dos demais membros do reino animal é, justamente, o que agrava os seus medos: a racionalidade e a autoconsciência. O homem sabe que vai morrer, porém não sabe de que forma, e isso o aterroriza¹¹.

Do ponto de vista etimológico, a palavra *medo* deriva do latim *métus*, que por sua vez provém do grego *mêdos* (φόβος)¹². Nos léxicos da língua portuguesa, é definido como: “temor, susto violento (...), apreensão, receio, sobressalto”¹³. Para a Psicologia e a Medicina, o medo é uma emoção primitiva básica¹⁴, inerente à natureza humana, essencial para a defesa contra um perigo iminente, um estímulo físico ou mental, ou ainda uma situação inusitada, reais ou fictícios. Sua manifestação depende das particularidades biopsíquicas de cada indivíduo e do tipo de medo. Por ser uma emoção, o medo tem uma base biológica, porém também pode ser cultivado e moldado a partir de interações sociais e de experiências individuais¹⁵. Frente a uma situação que incite medo,

¹⁰ MILOSEVIC, I.; MCCABE, R. E. *Phobias: the psychology of irrational fear*, Greenwood, Santa Bárbara, 2015, p. 154.

¹¹ BAUMAN, Z. *Medo líquido*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 45-46 e 73. DELUMEAU, J. “Miedos de ayer y de hoy”. *El Miedo: reflexiones sobre su dimensión social y cultural* (Ed.) MARTÍNEZ, M. I. V. Corporación Región, Medellín, 2002, p. 11.

¹² HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Tomo II – D-Mer, Temas e Debates, Lisboa, 2001, p. 2436; MACHADO, J. P. *Dicionário etimológico da língua portuguesa: com a mais antiga documentação escrita e conhecida de muitos dos vocábulos estudados*, Vol. 4 – M-P, 3ª edição, Horizonte, Lisboa, 1977, p. 87.

¹³ SILVA, A. de M. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. VI, 10ª edição, Editorial Confluência, Lisboa, 1954, p. 625.

¹⁴ MILOSEVIC, I.; MCCABE, R. E. *Op. cit.*, p. 154; SVENDSEN, L. *A Philosophy of Fear*, Tradução: John Irons, Reaktion Books, Londres, 2008, pp. 21-24, 26 e 45.

¹⁵ ALTHEIDE, D. L. *Creating Fear: News and the Construction of Crisis*, Aldine de Gruyter, Nova York, 2002, p. 54; SVENDSEN, L. *Op. cit.*, pp. 14, 21-24, 26 e 45; HOLLWAY, W.; JEFFERSON, T. “The risk

o cérebro ativa uma sequência de respostas fisiológicas que viabilizam ao indivíduo a adoção de um comportamento de defesa, através do enfrentamento ou evitamento da ameaça¹⁶.

O medo assume diferentes faces em diferentes contextos sociotemporais, alterando o seu significado em decorrência de influências sociais, religiosas, científicas, políticas e econômicas. Nos primórdios da humanidade, o medo estava relacionado ao sobrenatural¹⁷, porém, a partir da Idade Moderna, o seu sentido sofreu mutações que o voltaram a aspectos mais concretos, como o convívio em sociedade, originando o medo social¹⁸.

A globalização também foi responsável por modificar o sentido do medo. O mundo foi “encurtado”¹⁹, as relações interpessoais mundializadas e o modo de se viver em sociedade revolucionado. A maior proximidade entre as pessoas também ampliou o campo de atuação de práticas ilícitas no espaço geográfico mundial²⁰, disseminando o crime e os medos a ele relacionados a nível mundial e, com isso, o significado do medo foi renovado.

Não há mais dúvida que nos encontramos hoje no que Ulrich Beck denominou como “sociedade do risco”. Vivemos em uma sociedade permeada por riscos, incertezas, inquietudes socioeconômicas e medos oriundos da expansão do capitalismo, do avanço tecnocientífico e das novas formas de interação social²¹. A sociedade de hoje precisa aprender a conviver com uma plethora de novos riscos e medos, tornando o medo um modo de encarar o mundo²². Dentre estes novos riscos se encontra o medo do crime²³.

society in an age of anxiety: situating fear of crime”, *The British Journal of Sociology*, Vol. 48, n.º 2, 1997, pp. 255-266, pp. 262-265.

¹⁶ MILOSEVIC, I.; MCCABE, R. E. Op. cit., p. 153; BAYÉS, R. “Perception des symptômes et réactions émotionnelles lors des maladies mortelles”. *Cognition et Émotions* (Coord.) KIROUAC, G. Imprensa da Universidade, Coimbra, 2004, p. 211; BALCONI, M. “In The Face of Fear: Neuropsychological Contributions and Empirical Evidences”. *Psychology of Fear* (Ed.) GERVAISE, A. D. Nova Science Publishers, Nova York, 2012, p. 32; AHS, F. “The Amygdala and Fear Memories”. *Psychology of Fear* (Ed.) GERVAISE, A. D. Nova Science Publishers, Nova York, 2012, pp. 97-98.

¹⁷ MACKAY, C. *Memoirs of Extraordinary Popular Delusions and The Madness of Crowds*, Vol. 2, 3ª edição, G. Routledge & Co., Londres, 1856, p. 103.

¹⁸ CHAUI, M. *Simulacro e poder: uma análise da mídia*, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2006, p. 91. DELUMEAU, J. *Miedos de ayer...* cit., p. 12.

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, J. de. “O problema do direito penal no dealbar do terceiro milênio”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 99, 2012, p. 46.

²⁰ FARIA COSTA, J. de. “O Fenômeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 34, 2001, p. 11.

²¹ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2ª edição, 1ª reimpressão, Editora 34, São Paulo, 2013, pp. 27-30 *et passim*; YATES, J. “An Interview with Ulrich Beck on Fear and Risk Society”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 96-97 e 103.

²² SVENDSEN, L. Op. cit., p. 48.

²³ Embora não seja um risco propriamente oriundo da evolução tecnocientífica, como defende Ulrich Beck, acreditamos que possa ser adicionado à lista do que Silva Sánchez definiu como os riscos da dimensão “não-tecnológica” da sociedade de risco (SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *La expansión del derecho penal*:

4. O Medo do Crime

Embora contemporâneo ao crime²⁴, o medo do crime – ou sentimento de insegurança, como também é conhecido²⁵ – somente começou a ser *problematizado* autonomamente por volta dos anos 1960, nos Estados Unidos da América²⁶. Três dimensões são atualmente identificadas no medo do crime: a afetiva, a cognitiva e a comportamental.

A dimensão afetiva do medo do crime pode ser compreendida como a reação emocional negativa derivada do crime, seja pelo medo em se tornar vítima de condutas criminosas ou violentas, seja pelo medo de símbolos associados ao crime²⁷. A dimensão cognitiva do medo do crime, por sua vez, diz respeito à percepção individual ou social sobre o crime e o risco de vitimização. O medo do crime, a partir da dimensão cognitiva, pode ser definido de três maneiras²⁸: a) a preocupação das pessoas com o crime; b) a avaliação dos indivíduos sobre o risco pessoal de vitimação; e c) a avaliação das pessoas sobre a ameaça de crimes em sua localidade. A dimensão comportamental compreende as atitudes pessoais em relação ao crime²⁹.

Admite-se, atualmente, uma ampliação da noção de medo do crime³⁰. O fenômeno transcende o crime e engloba incertezas, inquietudes pessoais e problemas sociais tão profundos quanto a própria criminalidade. O medo do crime age como uma espécie de “esponja”, capaz de absorver uma gama de inquietações potencialmente

aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª edição, Civitas Ediciones, Madrid, 2001, p. 31).

²⁴ GARLAND, D. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 122.

²⁵ RÊGO, X.; FERNANDES, L. “As falas do medo: convergências entre as cidades do Porto e Rio de Janeiro”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 27, n.º 78, 2012, p. 62, nota 1.

²⁶ LEE, M. *Inventing Fear of Crime: Criminology and the Politics of Anxiety*, Willan Publishing, Cullompton, Portland, 2007, pp. 64-67; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 23-24.

²⁷ FERRARO, K. F.; LAGRANGE, R. “The Measurement of Fear of Crime”, *Sociological Inquiry*, Vol. 57, n.º 1, 1987, p. 72.

²⁸ SKOGAN, W. G. “The Various Meanings of Fear”. *Fear of Crime and Criminal Victimization* (Eds.) BILSKY, W.; PFEIFFER, C.; WETZELS, P. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, Stuttgart 1993, pp. 131-136; SKOGAN, W. G. “Measuring What Matters: Crime, Disorder and Fear”. *Measuring What Matters: Proceedings From the Policing Research Institute Meetings* (Ed.) LANGWORTHY, R. H. U.S. Department of Justice, Washington, 1999, pp. 47-48.

²⁹ SKOGAN, W. G. *The Various Meanings...* cit., pp. 137-138; HALE, C. “Fear of Crime: A Review of The Literature”, *International Review of Victimology*, 4, 1996, pp. 89-90; MACHADO, C.; AGRA, C. da. “Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 1, 2002, p. 81.

³⁰ FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., pp. 5-6, 240; HALE, C. Op. cit., p. 79; DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. *Putting Fear of Crime on the Map: Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems*, Springer, Nova York, Dordrecht, Heidelberg, Londres, 2012, p. 31; MACHADO, C. *Crime e Insegurança: discursos do medo, imagens do «outro»*, Notícias, Lisboa, 2004, pp. 89 e ss.; ALTHEIDE, D. L. *Creating Fear: News...* cit., pp. 22-25.

deteriorantes ao convívio social, condensá-las e redirecioná-las às figuras do crime e do criminoso.

Compreendemos o medo do crime como um fenômeno complexo em que operam de forma conjunta e interpretativa cognição e emoção. O medo do crime compreende não somente a reação emocional negativa decorrente do crime ou de símbolos associados ao delito, mas também as percepções individuais ou sociais sobre o crime, o risco de vitimização, a exposição a narrativas de terceiros sobre o crime e os demais problemas interligados, direta ou indiretamente, à criminalidade. Há uma necessária interação entre variáveis individuais, contextuais e discursivas no medo do crime.

a) Variáveis do medo do crime

Diferentes variáveis contribuem para o surgimento ou potencialização do medo do crime, as quais acabam por distribuir irregularmente o sentimento de insegurança no espaço, no tempo e na sociedade³¹. As variáveis do medo do crime podem ser divididas em três grandes grupos: individuais, contextuais e discursivas.

i. *Variáveis individuais*

Embora sejam múltiplas as variáveis individuais do medo do crime, para este estudo destacam-se a *vulnerabilidade*, o *gênero*, a *idade* e as *experiências de vitimização*.

Quanto à vulnerabilidade, de acordo com Martin Killias, pessoas que julgam não possuir um porte físico para repelir agressores; que se julgam incapazes de correr; de arcar com os custos de sistemas de segurança, de recuperação ou tratamento de danos materiais ou físicos, por exemplo, tendem a apresentar níveis elevados de medo do crime, por se sentirem vulneráveis fisicamente, socialmente ou economicamente³².

As pesquisas que buscam traçar uma relação entre gênero e medo do crime apontam que as mulheres apresentam níveis mais elevados de medo, antecipação de risco de vitimização e adoção de comportamentos protetivos do que os homens, mesmo que tenham menor probabilidade de ser vitimadas do que os indivíduos do sexo masculino³³.

³¹ Originando aquilo que é denominado pela literatura especializada como “*hot spots* de medo”, regiões específicas de um país, cidade ou bairro onde o medo do crime é mais intenso (FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 111; NASAR, J. L.; JONES, K. M. “Landscapes of Fear and Stress”, *Environment and Behavior*, Vol. 29, n.º 3, 1997, p. 292; SOLYMOSI, R.; BOWERS, K.; FUJIYAMA, T. “Mapping fear of crime as a context-dependent everyday experience that varies in space and time”, *The British Psychological Society*, Vol. 20, n.º 2, 2015, pp. 198, 206-207; NASAR, J. L.; FISHER, B. “Hot Spots’ of Fear and Crime: A Multi-Method Investigation”, *Journal of Environmental Psychology*, Vol. 13, n.º 3, 1993, pp. 187-188).

³² Cf. KILLIAS, M. “Vulnerability: Towards a Better Understanding of a Key Variable in the Genesis of Fear of Crime”, *Violence and Victims*, Vol. 5, n.º 2, 1990, pp. 98-104.

³³ HALE, C. Op. cit., pp. 96-100; GUEDES, I. S.; CARDOSO, C.; AGRA, C. da. Op. cit., pp. 216-217.

Em relação à faixa etária, destaca-se que a maior parte dos estudos constata níveis mais elevados de medo em pessoas de idade avançada, em razão de maior vulnerabilidade real (fragilidade física) e vulnerabilidade percebida (maior isolamento, por exemplo)³⁴.

As experiências de vitimação também são capazes de influenciar no sentimento de medo do crime. Elas são divididas em vitimização direta³⁵ e indireta³⁶. Curiosamente, é a vitimização indireta que tem maior impacto no sentimento de medo³⁷. A desconexão entre medo do crime e vitimização faz surgir o “paradoxo medo-vitimização” do medo do crime³⁸.

ii. Variáveis contextuais

Quer estejam apreensivas, quer não, as pessoas analisam os seus arredores constantemente em busca de indícios que possam esclarecê-las sobre a potencialidade ameaçadora do local onde estão³⁹. O sentimento de segurança depende da verificação de pistas socioambientais que denotem a presença de algum tipo de controle social, seja ele formal, seja informal. Se o exercício do controle é perceptível, há uma tendência a ser originada uma sensação de segurança. Caso o controle social não seja aparente, há maior probabilidade da produção de uma sensação de insegurança. As variáveis contextuais podem ser subdivididas em dois subgrupos, as incivildades sociais e as físicas.

As incivildades sociais dizem respeito à desorganização ou desordem social⁴⁰. Eventos que suscitem uma sensação de desordem ou de destruição da organização social,

³⁴ FATTAH, E. A. “The Elderly’s High Fear/Low Victimization Paradox: An Unconventional View”. *Essays in Honor of Hans Joachim Schneider: Criminology on the Threshold of the 21st Century* (Eds.) SCHWIND, H.-D.; KUBE, E.; KÜHNE, H.-H., Walter de Gruyter, Berlim, Nova York, 1998, pp. 420-422; GUEDES, I. S.; CARDOSO, C.; AGRA, C. da. “Medo do Crime – Revisão Conceptual e Metodológica”. *A Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar* (Dir.) AGRA, C. da (Coord.) PACHECO, I. U.Porto Editorial, Porto, 2012, pp. 217-218.

³⁵ Quando a vítima é diretamente afetada por uma ação criminosa ou quando o indivíduo sofre uma perda imediatamente após uma vitimização (DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. Op. cit., p. 26).

³⁶ Experiências secundárias com o crime, a partir de narrativas de terceiros, sem que o indivíduo seja diretamente afetado (DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. Op. cit., pp. 26-29; GUEDES, I. S.; CARDOSO, C.; AGRA, C. da. Op. cit., pp. 218-219; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 85; FURSTENBERG Jr., F. F. “Public Reaction to Crime in the Streets”, *The American Scholar*, Vol. 40, n.º 4, 1971, p. 608).

³⁷ FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 85.

³⁸ Nem sempre os indivíduos ou os grupos mais suscetíveis a serem afetados pelo crime são os que mais o temem. Este paradoxo guarda estreita relação com a vulnerabilidade e é facilmente perceptível em mulheres e idosos, grupos que embora apresentem altos níveis de medo do crime são os que menos têm probabilidade de ser vitimados (FATTAH, E. A. Op. cit., pp. 422-428; LEE, M. *Inventing Fear of...* cit., p. 19 *et passim*; HALE, C. Op. cit., pp. 103, 131 *et passim*; MACHADO, C.; AGRA, C. da. Op. cit., pp. 85-87).

³⁹ NASAR, J. L.; FISHER, B. Op. cit., p. 189; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., pp. 92-93, 114-115 e 159; GUEDES, I. S.; CARDOSO, C.; AGRA, C. da. Op. cit., pp. 221-222.

⁴⁰ SAMPSON, R. J.; GROVES, W. B. “Community structure and crime: Testing social-disorganization theory”, *American Journal of Sociology*, Vol. 94, n.º 4, 1989, p. 777; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 91; DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. Op. cit., pp. 32-35, 38-39.

como pessoas bebendo em praças, sinais de prostituição ou de tráfico de drogas, são capazes de elevar o sentimento de insegurança.

Já as incivildades físicas estão relacionadas às características estruturais do ambiente⁴¹, como a presença de *graffitis*, lixo no chão e carros abandonados, elementos capazes de afetar a percepção de segurança e aumentar o medo em relação ao crime. A oclusão visual e características ambientais que impeçam ou reduzam a possibilidade de fuga ou de contato com outras pessoas também podem originar ou intensificar o medo do crime, assim como o horário do dia.

iii. Variáveis discursivas

O medo pode ser discursivamente produzido, através de uma intrincada interação entre narrativas e elementos sociais, psicológicos e políticos. Diferentes atores sociais são capazes de incitar o medo do crime a partir de narrativas, dentre os quais se destacam os *mass media*, a indústria da segurança, o governo, suas instituições e os políticos.

Nas sociedades atuais, os *mass media* distribuem informação e conhecimento, determinam comportamentos e constroem a realidade do seu público-alvo, indicando aos cidadãos *o que* pensar e *como* pensar⁴². O foco midiático no crime é descomedido e resulta na construção e divulgação de pontos de vista distorcidos sobre a realidade criminológica⁴³, as quais variam de acordo com interesses editoriais, econômicos e com o público-alvo. Essa distorção da realidade criminológica é fruto da seletividade dos veículos de comunicação, desde a escolha das fontes, dos fatos até a tipologia de criminosos noticiados⁴⁴. Dá-se preferência à cobertura de episódios que provoquem emoções mais intensas, praticados por indivíduos que preencham determinados estereótipos sociais⁴⁵. Consequência disso é a transmissão da ideia de que há uma necessária relação entre violência e crime, como se todo crime fosse violento⁴⁶. Os *mass media* não só difundem o medo como também ensinam o seu público sobre *o que* temer.

⁴¹ NASAR, J. L.; FISHER, B. Op. cit., pp. 189-190; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 92; FERNANDES, L.; RÊGO, X. “Por onde anda o sentimento de insegurança? Problematizações sociais e científicas do medo à cidade”, *Etnográfica*, Vol. 15, n.º 1, 2011, p. 172; NASAR, J. L.; JONES, K. M. Op. cit., p. 294; DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. Op. cit., p. 40.

⁴² PINA, S. *Media e leis penais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 57-59 e 85; ALTHEIDE, D. L. “Mass Media, Crime, and the Discourse of Fear”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n. 3, 2003, p. 16; GARLAND, D. *The Culture of...* cit., pp. 157-158; ALTHEIDE, D. L. *Creating Fear: News...* cit., pp. 31-32.

⁴³ PINA, S. Op. cit., p. 105.

⁴⁴ ALTHEIDE, D. L. *Mass Media, Crime...* cit., p. 11; PINA, S. Op. cit., pp. 105-108.

⁴⁵ CALLANAN, V. J. *Feeding the Fear of Crime: Crime-related Media and Support for Three Strikes*, LFB Scholarly Publishing LLC, El Paso, 2005, pp. 55-56; GOMES, S. “Media e crime: dos *media* e da construção das realidades criminais”. Do Crime e do Castigo: temas e debates contemporâneos (Org.) CUNHA, M. I. Editora Mundos Sociais, Lisboa, 2015, pp. 88-89.

⁴⁶ XAVIER, J. R. F. “A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 112, 2015, p. 154; ALTHEIDE, D. L. *Mass Media, Crime...* cit., p. 11.

O impacto das instituições governamentais no medo do crime surge com o que Murray Lee denomina “governance-through-fear”⁴⁷, uma tática de governo⁴⁸ em que os cidadãos são instruídos por diferentes instituições a adotar práticas de prevenção a fim de reduzir o seu risco de vitimização e, assim, a criminalidade em geral, tornando-os corresponsáveis na prevenção do crime e transformando-os no que chamou de “fearing subjects”. Os *fearing subjects* são doutrinados à base do medo, através de exemplos decorrentes do fracasso da adesão de tais práticas preventivas⁴⁹, o que, ao final, somente contribui para o surgimento e a propagação do medo do crime⁵⁰.

Para os políticos, o crime, principalmente o crime de rua, é, nas palavras de Stuart Scheingold, uma “bênção disfarçada de maldição”⁵¹. O crime é um valioso subterfúgio que permite tanto aos políticos quanto à população furtarem-se do debate sobre os problemas sociais crônicos indesejáveis e danosos presentes na sociedade. É crescente a dependência do uso dos medos da população pelos políticos, como forma de mostrar que algo está sendo feito em relação ao problema da criminalidade e, conseqüentemente, aliviar os temores da sociedade e conquistar o voto dos eleitores⁵².

A indústria da segurança depende da constante invenção de medos e da perpetuação daqueles preexistentes para vender seus produtos, que visam apaziguar⁵³ o sentimento de insegurança. O medo do crime precisa ser incessantemente explorado, pois quanto maior o temor, mais fácil e maior será o investimento dos consumidores amedrontados⁵⁴.

⁴⁷ LEE, M. *Inventing Fear of...* cit., p. 141.

⁴⁸ Tática essa também verificada por Garland já em 1996, tendo-a denominado “responsabilization strategy” (cf. GARLAND, D. “The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society”, *The British Journal of Criminology*, Vol. 36, n.º 4, 1996, pp. 451-452 e 454; GARLAND, D. *The Culture of...* cit., pp. 123-127).

⁴⁹ Exemplos que variam desde o “trauma de ser vitimizado” até “consequências mais graves” que possam resultar dos episódios de vitimação (LEE, Murray. *The Fear of...* cit., p. 145).

⁵⁰ LEE, Murray. *Affluence, Disadvantage, and...* cit., p. 380; LEE, Murray. *The Fear of...* cit., p. 237.

⁵¹ “A blessing disguised as a curse” (SCHEINGOLD, Stuart A. Op. cit., p. 165).

⁵² LEE, M. “The Fear of Crime and Self-governance: Towards A Genealogy”, *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 32, n.º 3, 1999, p. 242; BAUMAN, Z. “Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears”. *Liquid Society and Its Law* (Ed.) PRIBÁŇ, J. Ashgate, Aldershot, 2007, p. 24.

⁵³ LYON, D. “Fear, Surveillance, and Consumption”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, p. 83 e ss.; THE HEDGEHOG REVIEW. “Fear Itself”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, p. 6.

⁵⁴ LEE, M. *Inventing Fear of...* cit., p. 169.

5. A Ouroboros discursiva do medo do crime

“O medo sempre foi o principal recurso e a principal fonte do poder”⁵⁵. Em uma sociedade global marcada por medos, riscos e incertezas, em que a sensação generalizada de insegurança torna a segurança plena uma utopia, aquele que é capaz de manipular o medo detém, portanto, poder⁵⁶. A instrumentalização do medo somente se torna possível através da manutenção de uma relação de dependência mútua entre quem é por ele subjugado e quem dele usufrui. Para tanto, o medo do crime precisa ser constantemente disseminado e explorado, mediante uma estratégia denominada discurso do medo.

O discurso do medo é uma narrativa discursiva que se apropria do sentimento de medo e insegurança difusos na sociedade e constrói, ou reforça, uma visão de mundo na qual o crime é onipresente, incontrolável e iminente⁵⁷, como se o crime e o alto risco de vitimização fossem características centrais do convívio em sociedade⁵⁸. Tal discurso é alimentado por narrativas criminais de diferentes agentes sociais, poderes e saberes⁵⁹, através do seguinte *modus operandi*: difunde-se, ou fortalece-se, a ideia de uma sociedade perigosa; instaura-se um sentimento generalizado de insegurança; oferecem-se meios para apaziguar os temores; e, por fim, reforça-se a ideia de que a segurança oferecida é necessária. A construção do discurso do medo garante ao seu elaborador o poder de oferecer alternativas para a redução daqueles medos que ele próprio ajuda a fabricar⁶⁰.

Trata-se de um discurso circular e autorreferencial, que se perpetua e se reforça à medida que é propagado, de modo a manter uma eterna relação de dependência entre quem amedronta e quem é amedrontado. Fazemos analogia ao símbolo egípcio e grego da Ouroboros para representar este fenômeno discursivo, a qual, em sua serpentineidade *retro-originária*, é capaz de refletir a eternidade circular do discurso do medo⁶¹. Nesta

⁵⁵ FERRAJOLI, L. “Democracia e medo”, Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Ano 19, n.º 21/22, 2014, p. 119.

⁵⁶ Poder político e econômico (BAUMAN, Z. *Uncertainty and Other...* cit., pp. 28-29).

⁵⁷ MACHADO, C. Op. cit., pp. 252-254; MACHADO, C.; AGRA, C. da. Op. cit., pp. 98-99.

⁵⁸ ALTHEIDE, David L. *Mass Media, Crime...* cit., p. 10; ALTHEIDE, D. L. *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, Lanham, 2006, p. 114.

⁵⁹ O discurso do medo pode surgir a partir de narrativas criminais de qualquer agente que almeja instrumentalizar o medo, como, por exemplo, amigos, familiares, líderes empresariais, políticos, governo, religiosos e os meios de comunicação (DIAS, F. N. *O Medo Social e Os Vigilantes da Ordem Emocional*, Instituto Piaget, Lisboa, 2007, p. 148; MACHADO, C. Op. cit., p. 253; CORNELLI, R. “Ética e Criminologia: o caso ‘medo da criminalidade’”, *Impulso*, Vol. 14, n.º 35, 2003, p. 55; PASTANA, D. R. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*, Editora Método, São Paulo, 2003, p. 37; GARLAND, D. *The Limits of...* cit., pp. 451-453). Pesquisas acadêmicas também podem contribuir para o discurso do medo (FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., p. 35; LEE, M. *Inventing Fear of...* cit., p. 2; LEE, M. *The Fear of...* cit., pp. 239-242).

⁶⁰ LEE, M. *Inventing Fear of...* cit., p. 103.

⁶¹ A Ouroboros é um símbolo egípcio e grego normalmente representado por uma cobra ou um dragão comendo a própria cauda. Possui diferentes significados, sendo o mais notório a representação da ciclicidade. Por abocanhar sua própria extensão, a Ouroboros representa o eterno retorno, o círculo vicioso e infinito do renascimento, a contínua repetição. É, pois, a perpétua transmutação de morte em vida, uma

interpretação, o discurso do medo é uma Ouroboros discursiva, uma narrativa que se renova *ad infinitum*, ou seja, a cada momento em que parece querer se findar.

A penetrabilidade da Ouroboros discursiva do medo do crime depende da interação entre as variáveis individuais, contextuais e discursivas anteriormente abordadas⁶² e, por este motivo, possui uma conotação cultural, social, midiática e, principalmente, política.

6. O medo do crime como condutor da racionalidade jurídico-penal

Amedrontados, os indivíduos tendem não somente a acreditar que têm maior potencial em ser vitimizados como também passam a ter mais empatia com as vítimas de crimes, posto que a crença na onipresença da criminalidade, no caos e na desordem reforçam a insegurança e a noção de imprevisibilidade do crime e, dessa maneira, no imaginário popular, qualquer pessoa se torna vítima em potencial.

A desconfiança causada pelo sentimento de insegurança faz as pessoas encararem o estranho com apreensão e medo⁶³. O medo do crime também diz respeito ao agente que provoca o perigo temido, o *outro*, o criminoso. O criminoso deixa de ter uma face e passa a assumir um rótulo, sendo ele considerado “o imigrante”, “o pobre”, “o predador sexual”, enfim, os “folk devils”⁶⁴ de cada sociedade. Aos olhos dos indivíduos amedrontados, o delinquente não é nada mais que um mal que precisa ser expurgado do convívio em sociedade.

O medo do crime ultrapassa o temor da vitimização e abrange características socioambientais e culturais que permitirão avaliações cognitivas sobre o bem-estar da sociedade. Consequentemente, as respostas ao medo da criminalidade também dependerão da intrincada interação entre os elementos individuais, contextuais e discursivos, e serão fundadas principalmente na empatia da sociedade temerosa para com as vítimas, na sensação de caos e desordem social e na desconfiança do *outro*.

repetição contínua que trai a própria ideia fundamental da morte, condenada a renascer a cada momento que tenta se exterminar (CHEVALIER, J.; GHEERBRANT, A. Dictionnaire des Symboles – Mythes, rêves, coutumes, gestês, formes, figures, couleurs, nombres, Robert Laffont, Paris, 1992, pp. 366-367, 716, 868-869; CIRLOT, J. E. A Dictionary of Symbols, 2ª edição, Taylor & Francis e-Library, 2001, pp. 98 e 247).

⁶² Aquilo que Hollway e Jefferson denominaram “individual biographies” (HOLLWAY, W.; JEFFERSON, T. Op. cit., pp. 262-265).

⁶³ FUREDI, F. Culture of Fear Revisited – Risk-taking and the Morality of Low Expectation, 4ª edição, Continuum, Londres, Nova York, 2007, p. 133; FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. Op. cit., pp. 139 e 141.

⁶⁴ Em uma leitura ampla e exemplificativa, fazemos alusão ao termo cunhado por Stanley Cohen em 1972 (COHEN, S. Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers, Routledge, Londres, 2011, pp. 1-2 *et passim*).

a) A transformação e a redução do conceito de segurança

Assim como a sociedade, o conceito de segurança não é estático. As mesmas transformações que alteram a sociedade também conferem um novo sentido à segurança, submetendo o seu conceito a constantes modificações⁶⁵. A antiga noção de segurança, a “segurança social”⁶⁶, já não corresponde à concepção vislumbrada na atualidade. Sob o prisma do medo do crime, a segurança assume o seu sentido estrito de *security*⁶⁷, reduzindo-se cada vez mais a uma estrita dimensão criminal⁶⁸. Ao perder a referência aos direitos sociais, a segurança passa a ser estreitamente identificada com o direito penal, como se sinônimos fossem. Dominados pelo medo, os indivíduos passam a dar preferência a provisões públicas criminais céleres que restaurem a (sensação de) segurança pessoal e de seus próximos, em detrimento de providências sociais a longo prazo que visem tratar os problemas sociais estruturais conexos às causas da criminalidade. O medo reclama uma resposta imediata, que acaba se traduzindo na busca pela celeridade da prevenção e da contenção, e não na morosidade da solução.

b) A promessa e a esperança do restauro da segurança através do direito penal: os clamores públicos por segurança e o populismo penal

As demandas por segurança provenientes do medo do crime e da circulação do discurso do medo são transpostas à esfera política de diferentes maneiras. A nós interessam duas: a pressão pública e o populismo penal.

De um lado estão as reivindicações da sociedade por mais segurança, mediante a atuação de diferentes grupos, institucionalizados ou não, que elencam o tema da (in)segurança entre as suas principais preocupações e demandam proteção contra seus medos e inquietudes, principalmente através da edição de leis penais⁶⁹.

O medo do crime também adentra o campo jurídico-penal através da instrumentalização política do sentimento de insegurança, mediante a prática

⁶⁵ RODRIGUES, A. M.; MACHADO, J. “Segurança Humana, Globalização e Desenvolvimento: Desafios para o Século XXI”. Liber Amicorum Manuel Simas Santos (Coords.) PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. Rei dos Livros, Lisboa, 2016, p. 109 e ss.

⁶⁶ A “garantia dos direitos sociais e, por isso, segurança do trabalho, da saúde, da previdência e da sobrevivência” e “das liberdades individuais” (FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 118).

⁶⁷ Nesta acepção, o sentido da segurança abrange “a segurança pública, no sentido físico do termo, nas suas dimensões individual e coletivo, nacional e internacional” (RODRIGUES, A. M.; MACHADO, J. Op. cit., p. 110). A ideia de segurança se converte em “um fim em si mesmo, ou seja, em um metadireito fundamental à segurança interior” (LYRA, J. F. D. da C. “A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoiesis* do Direito Penal”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 95, 2012, p. 254).

⁶⁸ CUNHA, M.; DURÃO, S. “Os sentidos da segurança: ambiguidades e reduções”, Etnográfica, Vol. 15, n.º 1, 2011, p. 54; FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 119; BARATA, F. “A mediação do direito penal”, Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Ano 19, n.º 21/22, 2014, p. 480; GASPÁR, A. H. “Justiça e Segurança”. Liber Amicorum Manuel Simas Santos (Coords.) PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. Rei dos Livros, Lisboa, 2016, pp. 235-236.

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La política legislativa...* cit., p. 311; HERZOG, F. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, Revista Penal, 4, 1999, p. 54.

denominada “populismo punitivo”⁷⁰, também compreendido como “populismo penal”⁷¹. Trata-se de uma estratégia política voltada à ampliação da segurança e, concomitantemente, à destituição de qualquer direito ou dignidade restante do criminoso. É uma tática que prescinde do conhecimento técnico de especialistas e fundamenta-se, entre outros elementos, em emoções como medo, ódio e o descrédito no sistema penal para propor alterações legislativas ou medidas públicas que prometem uma proteção ilusória à sociedade temerosa, em desfavor daqueles que atentam à segurança (os criminosos), aos quais somente restaria punição, segregação e diminuição de direitos e garantias⁷². O populismo penal instrumentaliza não somente o medo do crime como também o próprio direito penal, politizando-os através da ideia de restauração da segurança.

Embora o medo do crime, por si só, detenha alguma autonomia para intervir no campo político, será a Ouroboros discursiva do medo do crime que não somente consolidará o sentimento generalizado de insegurança, como também, assim agindo, estabelecerá a conexão entre medo do crime e política, a qual, por sua vez, trasladará as aflições pessoais oriundas do medo do crime para o direito penal.

7. O medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal

Em respeito aos limites de espaço e temática do presente trabalho, analisaremos as principais disfunções causadas pelo medo do crime no direito penal, quanto às consequências que consideramos aplicáveis a este estudo, mas que não se limitam às elencadas.

a) A supervalorização da vítima e a perversão das finalidades da pena

Em nome da proteção e imbuídos pelo medo do crime, aqueles que temem pugnam pelo recrudescimento do direito penal, através da exclusão, mitigação, ou flexibilização dos direitos e garantias de defesa, aumento de penas e elaboração ou ampliação de criminalizações. O medo do crime dificulta a compreensão e aceitação de uma gama de princípios, direitos e garantias da justiça penal – como o princípio da presunção de inocência e o direito ao silêncio –, encarados como obstáculos à tão almejada segurança. Sob o signo do medo, a punição, que antes tinha como principais

⁷⁰ BOTTOMS, A. “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”. The Politics of Sentencing Reform (Eds.) CLARKSON, C.; MORGAN, R. Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 18, 39-40.

⁷¹ PRATT, J. Penal Populism, Routledge, Abingdon, 2007, pp. 8, 12-23 *et passim*; SALAS, D. La volonté de punir: Essai sur le populisme pénal, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, Paris, 2010, pp. 53-56, 106-110, 115-118.

⁷² GARLAND, D. *The Culture of...* cit., pp. 12, 121-122; CEPEDA, A. I. P. Op. cit., pp. 50-51; PRATT, J. Op. cit., pp. 12, 17, 21, 29-30, 35, 124, 172-173;

fundamentos a proteção de bens jurídicos e a ressocialização do condenado⁷³, volta-se à segregação e à proteção contra situações de perigo, e, assim, ao apaziguamento dos temores sociais.

A ideia de segurança acaba justificando meios penais mais radicais, mascarando-os como se mais protetores fossem⁷⁴. No momento em que, por temer o crime, o indivíduo começa a se identificar com a vítima e reclamar segurança, o medo do crime acaba provocando uma mudança de foco no direito penal: a proteção deixa de ser voltada ao bem jurídico-penal e passa a ser dirigida à vítima. Contudo, o direito penal não pode ser alargado de modo a “assumir como fim principal a satisfação das necessidades da vítima”⁷⁵, ou exigências de segurança. Por outro lado, também não deve renegar a existência da vítima. Na verdade, o que se espera do direito penal atual é uma proteção maior da vítima, a nível substantivo e processual, desde que esta proteção “não ofenda o núcleo essencial daquelas finalidades especificamente penais”⁷⁶. A proteção da vítima pode e deve ser efetuada a partir de meios que não necessariamente impliquem a demonização do criminoso, a diminuição dos seus direitos e garantias ou uma postura mais punitiva frente ao crime e o seu agente⁷⁷, o que parece ser o grande mérito das práticas restaurativas.

Como é cediço, a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos⁷⁸ e, através dessa proteção, tornar viável o “libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio”⁷⁹. A tutela penal somente deve ocorrer naqueles casos em que o direito penal for a única solução possível, após esgotados todos os demais meios extrapenais e ainda somente quando a sua intervenção

⁷³ FIGUEIREDO DIAS, J. de. “Algumas reflexões sobre o Direito Penal na ‘sociedade de risco’”. Problemas fundamentais de Direito Penal – Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin (Coord.) VALDÁGUA, M. da C. Universidade Lusíada, Lisboa, 2002, p. 212; SILVA, G. M. da. “Populismo e Direito Penal – A Crise Permanente”, Revista do CEJ, 1, Sem. 1º, 2014, p. 327; COSTA ANDRADE, M. da. “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, n.º 2, 1992, p. 179; SALAS, D. Op. cit., p. 34; LYRA, J. F. D. da C. Op. cit., pp. 259-260.

⁷⁴ SILVA, G. M. da. Op. cit., p. 327.

⁷⁵ SANTOS, C. C. A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como? Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 559.

⁷⁶ SANTOS, C. C. A Justiça Restaurativa... cit., p. 559. Ver também SANTOS, C. C. “A ‘redescoberta’ da vítima e o direito processual penal português”. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III (Orgs.) COSTA ANDRADE, M. da; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. de, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1150-1153.

⁷⁷ SANTOS, C. C. A Justiça Restaurativa... cit., p. 564 e nota 908.

⁷⁸ FIGUEIREDO DIAS, J. de. Temas Básicos da Doutrina Penal, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 157; FARIA COSTA, J. de. Noções fundamentais de direito penal (*fragmenta iuris poenalis*), 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 10, 13-14, 164-165; SANTOS, C. C. A Justiça Restaurativa... cit., p. 324; SILVA, G. M. da. Op. cit., p. 321; KAUFMANN, A. “La misión del Derecho Penal”. Estudios de Derecho Penal (Org.) KAUFMANN, A. B de F, Montevideu, 2013, p. 29.

⁷⁹ ROXIN, C. Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2007, p. 81.

se mostrar necessária, ideia materializada no princípio da *ultima ratio* do direito penal⁸⁰. Não cabe ao direito penal, portanto, prover a segurança, ao menos não diretamente. Dentro do modelo liberal de direito penal, do qual não podemos nos distanciar, afirmamos com o devido cuidado que a promoção da segurança somente poderia ser admitida indiretamente, como consequência⁸¹ da função de proteção de bens jurídico-penais exercida pelo direito penal, jamais como uma finalidade autônoma ou direta, sob pena de o direito penal extrapolar os limites que legitimam o seu campo de ingerência.

b) A superestimação da segurança e o esquecimento da “função-escudo” do direito penal

Em complementação à proteção de bens jurídicos, o direito penal também exerce uma proteção contra ele próprio. Ao prever a restrição de direitos fundamentais, o direito penal surge como uma lei que reclama proteção dela mesma. Além de proteger bens jurídicos essenciais para o livre desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, o direito penal também deve salvaguardar os direitos e garantias daqueles que colocam em risco os mesmos bens jurídicos por ele defendidos, protegendo também o ofensor de uma intervenção ilimitada e arbitrária do próprio direito penal.

Diante do perigo imaginário e durante o calor do clamor por segurança, aqueles que reivindicam cada vez mais punição e menos direitos ao agente do crime não percebem que assim agindo estão diminuindo os seus próprios direitos e garantias. Esquece-se a necessidade de defesa não somente *no* direito penal, mas também *do* direito penal. A “função-escudo” da justiça penal (proteção dos direitos fundamentais contra o poder punitivo estatal) é ignorada, clama-se cada vez mais pela sua “função-espada” (proteção de bens jurídicos mediante a restrição de liberdades individuais)⁸², a qual parece querer se tornar uma Excalibur em nome da segurança que o medo do crime reclama.

c) A função simbólica do direito penal movido pelo medo do crime

Um modelo de direito penal conduzido pelo medo do crime assume uma função eminentemente simbólica, serve como mecanismo para tranquilizar os medos populares,

⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS, J. de. *Temas Básicos da...* cit., pp. 159-160, 164-167; COSTA ANDRADE, M. da. Op. cit., pp. 178 e 186.

⁸¹ Para Faria Costa, a segurança seria uma função complementar, lateral ou acessória, à função primacial do direito penal de proteção de bens jurídico-penais (FARIA COSTA, J. de. *Noções fundamentais de...* cit., pp. 14-16).

⁸² As terminologias são atribuídas a Christine Van den Wyngaert, cunhadas em uma apresentação sobre o regime do cidadão europeu frente a justiça penal na União Europeia, em 1995 (Cf. CAEIRO, P. “Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos)”. A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português (Org.) CAEIRO, P. Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, p. 7; TULKENS, F.; KERCHOVE, M. van de. “Os Direitos do Homem: Boa ou Má Consciências do Direito Penal?”. A Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar (Dir.) AGRA, C. da; (Coord.) PACHECO, I. U.Porto Editorial, Porto, 2012, p. 648 e nota 7).

buscando a proteção ao invés da cidadania⁸³. Um modelo de direito penal baseado no medo abdica a sua função de proteção de bens jurídicos e passa a ser instrumentalizado para finalidades preventivas, dando lugar a um modelo preventivo de direito penal e não de garantia de liberdade dos cidadãos⁸⁴. Mais que uma função simbólica, trata-se de um mascaramento ideológico, pois além de o direito penal não ter sido elaborado para solucionar problemas do futuro, parte-se do pressuposto que somente a intervenção penal pode solucionar os conflitos sociais, sem que eles sejam anteriormente submetidos a outros meios de controle social mais idôneos e menos gravosos que o penal para serem solucionados⁸⁵. Tal modelo desempenharia uma função de engano e seria uma alternativa barata à “solução” dos problemas relacionados à criminalidade⁸⁶.

A racionalidade do sistema penal quando orientada por valores como a segurança retira a autonomia e reflexão do controle penal e possibilita o seu uso político e a sua instrumentalização para fins de pedagogia social, como se o direito penal, ante uma sensação subjetiva de insegurança no seio social, pudesse oferecer e garantir segurança, educar ou conscientizar os cidadãos ao respeito de técnicas, regras e papéis sociais e infundir confiança na coletividade. Revitaliza-se a crença em uma força conformadora de comportamentos e costumes do direito penal, porém, além de não ser função do direito penal tutelar a moral⁸⁷, dificilmente ele será capaz de reestabelecer a ordem quando o acordo social sobre as normas de convivência e moralidade já não funcionam⁸⁸.

d) Crise, medo e necessidade de transformação

É inegável que o direito penal não pode ser uma ideia alheia à sociedade, é preciso que ele esteja atento às mudanças sociais, às particularidades do contexto social no qual está estruturado e aos perigos externos. Ele deve ser repensado sempre que se mostrar necessário para cumprir a sua função de proteção subsidiária de bens jurídico-penais – principalmente frente às transformações do mundo pós-moderno e às novas ameaças como a criminalidade organizada e global –, porém dentro dos limites que o legitimam.

O repensar do direito penal jamais deve ser efetuado a partir do medo do crime e de seus decorrentes clamores por segurança. O direito penal não foi concebido para ser

⁸³ FARIA COSTA, J. de. “Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)”. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume I (Orgs.) COSTA ANDRADE, M. da; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 117; LYRA, J. F. D. da C. Op. cit., pp. 259 e 261.

⁸⁴ GODINHO, I. F. “O Justo e o Simbólico em Direito Penal”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. XCII, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 82 e 89.

⁸⁵ CEPEDA, A. I. P. Op. cit., p. 371.

⁸⁶ HASSEMER, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Pena y Estado (Dir.) RAMIREZ, J. B. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1995, pp. 28, 30 e 36; CEPEDA, A. I. P. Op. cit., p. 336; FARIA COSTA, J. de. *Bioética e direito...* cit., p. 118.

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, J. de. Direito Penal – Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 112-113.

⁸⁸ HERZOG, F. Op. cit., p. 54.

um mero serviçal de um tirano delirante chamado medo, como se pudesse ser invocado a seu bel-prazer como resposta ao perigo, sacrificando, para isso, a liberdade dos cidadãos e os demais direitos e garantidas fundamentais conquistados arduamente ao longo da história. Reconhecer uma necessidade de adaptação do direito penal aos novos desafios postos pela sociedade e pela criminalidade não implica aceitar que ele deva servir como o primeiro, o único ou o principal instrumento a ser empregado para a solução de problemas criminais, muito menos para apaziguar os temores públicos decorrentes da sensação de insegurança. Não é em razão de uma crise⁸⁹ que o direito penal se deve deixar seduzir às narrativas securitárias, principalmente àquelas que limitem intoleravelmente a liberdade.

O medo do crime cria distúrbios que colocam em crise o modelo liberal de direito penal e, ainda, municia uma política criminal irracional, repressiva e expansiva, que dispensa o saber jurídico-penal. Um Estado cada vez mais punitivo fomenta uma cultura do controle⁹⁰, viabiliza a proliferação de leis de emergência e de tonalidade securitária, promove a diminuição de garantias processuais, dá voz a (má)interpretações e concretizações de políticas de “direito penal do inimigo”, “law and order” e “tolerância zero”⁹¹. Esses modelos mais repressivos estão ainda por demonstrar sua eficácia e efetividade, seus resultados são pouco ou nada satisfatórios⁹². O medo do crime e as demandas por segurança não podem se tornar instrumentos que legitimem o direito de punir ou então fontes informais de direito penal.

O medo do crime atribui ao direito penal tarefas que ele não pode cumprir, pervertendo a sua função e enganando a opinião pública ao oferecer “soluções” a problemas que não correspondem à realidade. Deve-se pedir à justiça penal o que ela pode nos dar, pois além de desvirtuarmos o direito penal, ainda nos sujeitamos a que ele permanentemente nos decepcione⁹³.

⁸⁹ “Las características actuales de Derecho penal son: a) instrumentalización del Derecho penal; b) inoperativo, selectivo y simbólico; c) excesiva anticipación en la tutela penal (prevencionista); administrativizado; banalizado (utilización emocional y racional); d) exasperación punitiva; e) desformalización (flexibilidad de las garantías penales, procesales y de ejecución); f) prisionización (explosión carcelaria); g) excepcional y ser más severo, mas represivo; g) premial (colaboración con la justicia)” (CEPEDA, A. I. P. Op. cit., pp. 66-67).

⁹⁰ GARLAND, D. *The Culture of...* cit., pp. 174-187.

⁹¹ FARIA COSTA, J. de. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário”. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais* (Org.) FARIA COSTA, J. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 58-65.

⁹² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 4, 2007, p. 589; FERRAJOLI, L. Op. cit., p. 123.

⁹³ FARIA COSTA, J. de. “Reflexões mínimas e tempestivas sobre o Direito Penal de Hoje”. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais* (Org.) FARIA COSTA, J. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 19; SANTOS, C. C. “Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado Punitivo, do agente do crime e da sua vítima)”, *Boletim do IBCCRIM*, Ano 15, n.º 179, Outubro, 2007, p. 13.

8. Algumas estratégias para lidar com o problema do medo do crime

As soluções para impedir o efeito disfuncional do medo do crime são muito mais pré-penais do que penais, estão estreitamente relacionadas ao melhoramento das condições da vida social. Reconhecemos a sua dificuldade de implementação, porém acreditamos que a complexidade de execução jamais pode ser justificativa idônea para impedir a elaboração de técnicas capazes de solucionar um problema.

Em primeiro lugar, de uma forma mais abstrata, é preciso que o Estado proveja condições adequadas para garantir o mínimo existencial e a subsistência de seus cidadãos. Garantir os seus direitos sociais, como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, enfim, condições que possibilitem que a população viva com dignidade e com qualidade de vida, que promovam o seu bem-estar. Somente a partir do desenvolvimento das bases da sociedade, do senso cívico, da solidariedade social, da tolerância com o *outro*, da satisfação dos mínimos vitais e da qualidade de vida é que seriam capazes de ser construídos os valores e garantias que servem de pilares para a democracia, sentimentos exatamente opostos àqueles oriundos do medo.

De maneira mais concreta, a criação de grupos comunitários que promovam a integração entre os residentes de comunidades locais seria uma boa estratégia para mitigar o medo do crime. A aproximação entre indivíduos de uma mesma comunidade diminuiria o sentimento de desconfiança, viabilizaria a construção de valores sociais comuns, uma sensação de pertencimento à comunidade e potencialmente promoveria mais controle social informal quanto à presença de incivilidades sociais e físicas que atentassem ao bem-comum. Cuidados com o planejamento urbano público e privado, a conservação e a manutenção de espaços públicos também seriam capazes de reduzir a sensação de medo.

Quanto à influência dos veículos de comunicação, acreditamos que, de modo a respeitar a liberdade de expressão e de imprensa, a melhor forma de mitigá-la seria a reestruturação do *modus operandi* na divulgação de notícias que envolvam a prática de crimes. Em suma, retratar os episódios com imparcialidade e sem sensacionalismo, respeitar o rigor das informações e verificar a sua veracidade, prezar pela dignidade de todas as pessoas envolvidas, evitar a divulgação desnecessária e repetitiva de determinados episódios, bem como abster-se de criar e propagar perfis estereotipados de criminosos. No que toca à indústria da segurança, a implantação do medo no imaginário popular como tática de venda deveria ser proibida.

No plano jurídico-penal, a maneira mais eficaz de impedir o efeito disfuncional do medo do crime seria o estreitamento do direito penal com as ciências da criminologia e da política criminal. Somente dados científicos fiáveis sobre a criminalidade, contrapostos à real necessidade de punição, deveriam fundamentar o saber jurídico-penal. O melhor aparelhamento da justiça penal e dos seus órgãos também é um modo igualmente capaz de impedir os efeitos disfuncionais do medo do crime na esfera jurídico-penal.

9. Considerações Finais

O surgimento do medo do crime depende da operação conjunta e interpretativa de cognição e emoção, de diferentes elementos afetivos, cognitivos e narrativos. Diferentes atores sociais instrumentalizam o medo do crime presente na sociedade para concretizar fins particulares, dando origem ao que denominamos neste estudo de Ouroboros discursiva do medo do crime, a qual faz a conexão entre o medo do crime e o direito penal, através da instauração de um sentimento generalizado de insegurança que origina demandas populares por segurança e viabiliza a estratégia política denominada populismo penal.

A identificação e empatia da sociedade com a vítima transforma o direito penal em uma *Magna Charta* da vítima, transformando também as finalidades da pena, que perde o seu caráter ressocializatório e passa a se interessar unicamente com a segregação do condenado. Sob o signo do medo e em nome da segurança, o caráter de *ultima ratio* e a função de tutela subsidiária de bens jurídicos do direito penal são sepultados em nome de uma intervenção penal *prima ratio*, pautada unicamente pela promoção de segurança. A “função-escudo” do direito penal (a proteção dos direitos fundamentais contra o poder punitivo estatal) e os valores e princípios mais importantes para a democracia e para o sistema de justiça penal são abandonados em favor das exigências por segurança. O controle social penal é elencado como o primeiro, ou principal, instrumento na resolução de conflitos criminais e, assim, o direito penal assume uma função de engano, pois serve como mero mecanismo de apaziguamento dos medos populares e da opinião pública.

O medo do crime é um conceito excessivamente problemático para conduzir a racionalidade penal, pois plástico e obscuro, em que a emoção triunfa sobre a razão. A racionalidade jurídico-penal deve primar por elementos concretos e, sempre que possível, cientificamente comprovados, rejeitando meras conjecturas ou delírios sociais, deve ser guiada por dados confiáveis, como aqueles oriundos de estudos criminológicos idôneos. O medo do crime atribui ao direito penal tarefas que ele não pode cumprir.

As estratégias para impedir o efeito disfuncional do medo do crime à racionalidade jurídico-penal antecedem o campo penal. A solução deve ser orquestrada através da garantia da dignidade humana, da qualidade de vida, do senso cívico, da solidariedade e da tolerância, edificando os valores e garantias que servem de pilares para a democracia, sentimentos exatamente opostos àqueles decorrentes do medo do crime.

10. Referências bibliográficas

- AHS, F. “The Amygdala and Fear Memories”. *Psychology of Fear* (Ed.) GERVAISE, A. D. Nova Science Publishers, Nova York, 2012, pp. 95-112.
- ALTHEIDE, D. L. *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, Lanham, 2006.

- _____. "Mass Media, Crime, and the Discourse of Fear", *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 9-25.
- _____. *Creating Fear: News and the Construction of Crisis*, Aldine de Gruyter, Nova York, 2002.
- BALCONI, M. "In The Face of Fear: Neuropsychological Contributions and Empirical Evidences". *Psychology of Fear* (Ed.) GERVAISE, A. D. Nova Science Publishers, Nova York, 2012, pp. 31-51.
- BARATA, F. "A mediação do direito penal", *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Ano 19, n.º 21/22, 2014, pp. 471-489.
- BAUMAN, Z. *Medo líquido*, Zahar, Rio de Janeiro, 2008.
- _____. "Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears". *Liquid Society and Its Law* (Ed.) PŘIBÁŇ, J. Ashgate, Aldershot, 2007, pp. 17-37.
- BAYÉS, R. "Perception des symptômes et réactions émotionnelles lors des maladies mortelles". *Cognition et Émotions* (Coord.) KIROUAC, G. Imprensa da Universidade, Coimbra, 2004, pp. 211-223.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2ª edição, 1ª reimpressão, Editora 34, São Paulo, 2013.
- BOTTOMS, A. "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing". *The Politics of Sentencing Reform* (Eds.) CLARKSON, C.; MORGAN, R. Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 17-49.
- CAEIRO, P. "Introdução (ou de como todo o processo penal começa com uma constituição de direitos)". *A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a "segunda vaga" e o seu previsível impacto sobre o direito português* (Org.) CAEIRO, P. Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pp. 7-12.
- CALLANAN, V. J. *Feeding the Fear of Crime: Crime-related Media and Support for Three Strikes*, LFB Scholarly Publishing LLC, El Paso, 2005.
- CEPEDA, A. I. P. *La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- CHAUI, M. *Simulacro e poder: uma análise da mídia*, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2006.
- CHEVALIER, J.; GHEERBRANT, A. *Dictionnaire des Symboles – Mythes, réves, coutumes, gestês, formes, figures, couleurs, nombres*, Robert Laffont, Paris, 1992.
- CIRLOT, J. E. *A Dictionary of Symbols*, 2ª edição, Taylor & Francis e-Library, 2001.
- COHEN, S. *Folk devils and moral panics: the creation of the Mods and Rockers*, Routledge, Londres, 2011.

- CORNELLI, R. “Ética e Criminologia: o caso ‘medo da criminalidade’”, *Impulso*, Vol. 14, n.º 35, 2003, pp. 49-59.
- COSTA ANDRADE, M. da. “A «dignidade penal» e a «carência de tutela penal» como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º 2, 1992, pp. 173-205.
- CUNHA, M.; DURÃO, S. “Os sentidos da segurança: ambiguidades e reduções”, *Etnográfica*, Vol. 15, n.º 1, 2011, pp. 53-66.
- DELUMEAU, J. “Miedos de ayer y de hoy”. *El Miedo: reflexiones sobre su dimensión social y cultural* (Ed.) MARTÍNEZ, M. I. V. Corporación Región, Mendellín, 2002, pp. 9-21.
- DIAS, F. N. *O Medo Social e Os Vigilantes da Ordem Emocional*, Instituto Piaget, Lisboa, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I (Orgs.) COSTA ANDRADE, M.; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 259-299.
- _____. “Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 4, 2007, pp. 547-599.
- DORAN, B. J.; BURGESS, M. B. *Putting Fear of Crime on the Map: Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems*, Springer, Nova York, Dordrecht, Heidelberg, Londres, 2012.
- FARIA COSTA, J. de. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2015.
- _____. “Bioética e direito penal (reflexões possíveis em tempos de incerteza)”. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume I (Orgs.) COSTA ANDRADE, M. da; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 109-125.
- _____. “A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não-securitário”. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais* (Org.) FARIA COSTA, J. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 55-68.
- _____. “Reflexões mínimas e tempestivas sobre o Direito Penal de Hoje”. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais* (Org.) FARIA COSTA, J. de. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 7-19.
- _____. “O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 34, 2001, pp. 39-65.
- FARRALL, S.; JACKSON, J.; GRAY, E. *Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

- FATTAH, E. A. "The Elderly's High Fear/Low Victimization Paradox: An Unconventional View". *Essays in Honor of Hans Joachim Schneider: Criminology on the Threshold of the 21st Century* (Eds.) SCHWIND, H.-D.; KUBE, E.; KÜHNE, H.-H., Walter de Gruyter, Berlim, Nova York, 1998, pp. 415-430.
- FERNANDES, L.; RÊGO, X. "Por onde anda o sentimento de insegurança? Problematizações sociais e científicas do medo à cidade", *Etnográfica*, Vol. 15, n.º 1, 2011, pp. 167-181.
- FERRAJOLI, L. "Democracia e medo", *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Ano 19, n.º 21/22, 2014, pp. 117-127.
- FERRARO, K. F.; LAGRANGE, R. "The Measurement of Fear of Crime", *Sociological Inquiry*, Vol. 57, n.º 1, 1987, pp. 70-101.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de. "O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 99, 2012, pp. 35-50.
- _____. *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- _____. "Algumas reflexões sobre o Direito Penal na 'sociedade de risco'". *Problemas fundamentais de Direito Penal – Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin* (Coord.) VALDÁGUA, M. da C. Universidade Lusíada, Lisboa, 2002, pp. 211-222.
- _____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- FUREDÍ, F. *Culture of Fear Revisited – Risk-taking and the Morality of Low Expectation*, 4ª edição, Continuum, Londres, Nova York, 2007.
- FURSTENBERG Jr., F. F. "Public Reaction to Crime in the Streets", *The American Scholar*, Vol. 40, n.º 4, 1971, pp. 601-610.
- GARLAND, D. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001.
- _____. "The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society", *The British Journal of Criminology*, Vol. 36, n.º 4, 1996, pp. 445-471.
- GASPAR, A. H. "Justiça e Segurança". *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (Coords.) PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. *Rei dos Livros*, Lisboa, 2016, pp. 235-250.
- GODINHO, I. F. "O Justo e o Simbólico em Direito Penal", *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCII, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 73-89.
- GOMES, S. "Media e crime: dos media e da construção das realidades criminais". *Do Crime e do Castigo: temas e debates contemporâneos* (Org.) CUNHA, M. I. Editora Mundos Sociais, Lisboa, 2015, pp. 81-97.

- GUEDES, I. S.; CARDOSO, C.; AGRA, C. da. “Medo do Crime – Revisão Conceptual e Metodológica”. A Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar (Dir.) AGRA, C. da (Coord.) PACHECO, I. U. Porto Editorial, Porto, 2012, pp. 213-248.
- HALE, C. “Fear of Crime: A Review of The Literature”, International Review of Victimology, 4, 1996, pp. 79-150.
- HASSEMER, W. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. Pena y Estado (Dir.) RAMIREZ, J. B. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 1995, pp. 23-36.
- HERZOG, F. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”, Revista Penal, 4, 1999, pp. 54-57.
- HOLLWAY, W.; JEFFERSON, T. “The risk society in an age of anxiety: situating fear of crime”, The British Journal of Sociology, Vol. 48, n.º 2, 1997, pp. 255-266.
- HOUAISS, A.; VILLAR, M. de S. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Tomo II – D-Mer, Temas e Debates, Lisboa, 2001.
- KILLIAS, M. “Vulnerability: Towards a Better Understanding of a Key Variable in the Genesis of Fear of Crime”, Violence and Victims, Vol. 5, n.º 2, 1990, pp. 97-108.
- LEE, M. Inventing Fear of Crime: Criminology and the Politics of Anxiety, Willan Publishing, Cullompton, Portland, 2007.
- _____. “The Fear of Crime and Self-governance: Towards A Genealogy”, The Australian and New Zealand Journal of Criminology, Vol. 32, n.º 3, 1999, pp. 227-246.
- LYON, D. “Fear, Surveillance, and Consumption”, The Hedgehog Review, Vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 81-95.
- LYRA, J. F. D. da C. “A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 95, 2012, pp. 239-272.
- KAUFMANN, A. “La misión del Derecho Penal”. Estudios de Derecho Penal (Org.) KAUFMANN, A. B de F, Montevideu, 2013, pp. 29-44.
- MACHADO, C. Crime e Insegurança: discursos do medo, imagens do «outro», Notícias, Lisboa, 2004.
- MACHADO, J. P. Dicionário etimológico da língua portuguesa: com a mais antiga documentação escrita e conhecida de muitos dos vocábulos estudados, Vol. 4 – M-P, 3ª edição, Horizonte, Lisboa, 1977.
- MACHADO, C.; AGRA, C. da. “Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade à reprodução da ordem social”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 1, 2002, pp. 79-101.

- MACKAY, C. *Memoirs of Extraordinary Popular Delusions and The Madness of Crowds*, Vol. 2, 3ª edição, G. Routledge & Co., Londres, 1856.
- MILOSEVIC, I.; MCCABE, R. E. *Phobias: the psychology of irrational fear*, Greenwood, Santa Bárbara, 2015.
- NASAR, J. L.; FISHER, B. “‘Hot Spots’ of Fear and Crime: A Multi-Method Investigation”, *Journal of Environmental Psychology*, Vol. 13, n.º 3, 1993, pp. 187-206.
- NASAR, J. L.; JONES, K. M. “Landscapes of Fear and Stress”, *Environment and Behavior*, Vol. 29, n.º 3, 1997, pp. 291-323.
- PASTANA, D. R. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*, Editora Método, São Paulo, 2003.
- PINA, S. *Media e leis penais*, Almedina, Coimbra, 2009.
- PRATT, J. *Penal Populism*, Routledge, Abingdon, 2007.
- RÊGO, X.; FERNANDES, L. “As falas do medo: convergências entre as cidades do Porto e Rio de Janeiro”, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 27, n.º 78, 2012, pp. 51-65.
- RODRIGO, M. L. J.; SANTOS, R. A. “Derecho Penal de Emergencia: Medios de Comunicación y Adopción de Medidas Penales Excepcionales”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 67, 2015, pp. 483-508.
- RODRIGUES, A. M.; MACHADO, J. “Segurança Humana, Globalização e Desenvolvimento: Desafios para o Século XXI”. *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (Coords.) PITON, A. P.; CARNEIRO, A. T. *Rei dos Livros*, Lisboa, 2016, pp. 109-160.
- ROXIN, C. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2007.
- SALAS, D. *La volonté de punir: Essai sur le populisme pénal*, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, Paris, 2010.
- SAMPSON, R. J.; GROVES, W. B. “Community structure and crime: Testing social-disorganization theory”, *American Journal of Sociology*, Vol. 94, n.º 4, 1989, pp. 774-802.
- SANTOS, C. C. *A Justiça Restaurativa – Um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal: Porquê, para quê e como?* Coimbra Editora, Coimbra, 2014.
- _____. “A ‘redescoberta’ da vítima e o direito processual penal português”. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III* (Orgs.) COSTA ANDRADE, M. da; ANTUNES, M. J.; SOUSA, S. A. de, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1133-1154.

- _____. “Direito Penal Mínimo e Processo Penal Mínimo (brevíssima reflexão sobre os papéis processuais penais do Estado Punitivo, do agente do crime e da sua vítima)”, *Boletim do IBCCRIM*, Ano 15, n.º 179, Outubro, 2007, p. 13.
- SILVA, A. de M. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, Vol. VI, 10ª edição, Editorial Confluência, Lisboa, 1954.
- SILVA, G. M. da. “Populismo e Direito Penal – A Crise Permanente”, *Revista do CEJ*, 1, Sem. 1º, 2014, pp. 319-331.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edição, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.
- SKOGAN, W. G. “The Various Meanings of Fear”. *Fear of Crime and Criminal Victimization* (Eds.) BILSKY, W.; PFEIFFER, C.; WETZELS, P. Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart, Stuttgart 1993, pp. 131-140.
- _____. “Measuring What Matters: Crime, Disorder and Fear”. *Measuring What Matters: Proceedings From the Policing Research Institute Meetings* (Ed.) LANGWORTHY, R. H. U.S. Department of Justice, Washington, 1999, pp. 37-53.
- SOLYMOSI, R.; BOWERS, K.; FUJIYAMA, T. “Mapping fear of crime as a context-dependent everyday experience that varies in space and time”, *The British Psychological Society*, Vol. 20, n.º 2, 2015, pp. 193-211.
- SOUZA, L. A.; FERREIRA, R. C. A. “Discurso midiático penal e exasperação repressiva”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 94, 2012, pp. 363-382.
- SVENDSEN, L. *A Philosophy of Fear*, Tradução: John Irons, Reaktion Books, Londres, 2008.
- THE HEDGEHOG REVIEW. “Fear Itself”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 5-7.
- TULKENS, F.; KERCHOVE, M. van de. “Os Direitos do Homem: Boa ou Má Consciências do Direito Penal?”. *A Criminologia: Um Arquipélago Interdisciplinar* (Dir.) AGRA, C. da; (Coord.) PACHECO, I. U.Porto Editorial, Porto, 2012, pp. 647-671.
- XAVIER, J. R. F. “A opinião pública e o sistema de direito criminal: sobre as dificuldades de compreender essa relação complexa”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 112, 2015, pp. 149-164.
- YATES, J. “An Interview with Ulrich Beck on Fear and Risk Society”, *The Hedgehog Review*, Vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 96-107

O MODELO DE DIREITO AMBIENTAL DA UNIÃO EUROPEIA – REDE NATURA 2000

THE EUROPEAN UNION ENVIRONMENTAL LAW MODEL – NATURA 2000 NETWORK

Érica Tatiane Soares Ciorici¹

Universidade de Coimbra

Sumário: Introdução; 1. Divisão geral de competências; 2. Atuação da União Europeia; 3. Atuação dos estados-membros; 4. A proteção da biodiversidade - Rede Natura 2000; a) Competência legislativa; b) Aplicação da legislação; c) Controle da execução; Considerações finais; Referências

Introdução

Dentre os inúmeros desafios enfrentados pelo Direito Internacional Público contemporâneo, constam a melhoria e preservação do meio ambiente. Desde a década de 1970, inúmeros tratados internacionais, declarações de compromisso político e normas secundárias têm sido elaborados, na busca por uma melhor regulamentação do bem jurídico ambiente, que é do interesse geral da humanidade.

No contexto jurídico da União Europeia não tem sido diferente. Ao longo da sua consolidação, o direito da União Europeia tem buscado uma melhor e mais efetiva proteção e melhoria da situação do meio ambiente europeu. O Direito Ambiental no ordenamento jurídico da União Europeia apresenta características singulares inerentes à organização administrativa e institucional típica desse ordenamento e também à incontestável natureza transfronteiriça dos problemas e vicissitudes ambientais.

Quer-se com isso afirmar que o regime jurídico da União Europeia tem suas especificidades e complexidades, com sua produção normativa e mecanismos de efetivação próprios, que somados aos ordenamentos jurídicos nacionais dos atuais 28 Estados-membros, cada qual com suas características jurídico-administrativas, resulta num complexo emaranhado normativo dentro do qual o direito ambiental está inserido.

Assim sendo, pretende-se com esse estudo analisar de que forma o direito da União Europeia operacionaliza a proteção do meio ambiente diante das complexidades que o caracterizam, em outras palavras, iremos estudar de que maneira é realizada a articulação do direito do ambiente no modelo de governança europeu em que tanto as

¹ Mestre em Direito Internacional Público e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Contato: ehrica_t@hotmail.com. O presente trabalho resulta de investigação realizada no âmbito da unidade curricular Direito do Ambiente, no programa de Mestrado em Direito Internacional Público e Europeu, sob supervisão da Dr.^a Alexandra Aragão.

instituições da União quanto os Estados-membros possuem competência legislativa, judicial, administrativa com relação às questões ambientais.

A partir dessa análise, pode-se entender o funcionamento desse modelo de concretização do direito ambiental, que pode eventualmente, servir de exemplo para configurações jurídico-políticas semelhantes, na busca por maior efetividade do direito do ambiente a nível internacional.

Por conseguinte, analisaremos como ocorre a divisão de competências em assuntos ambientais, quer a nível geral, quer das instituições e dos Estados-membros, e para maior exemplificação, recorrer-se-á ao caso da preservação da diversidade biológica, especialmente à Rede Natura 2000. Analisaremos, para tal, como os Estados-membros e as instituições atuam para concretização dos objetivos delineados pela rede ecológica europeia, mais precisamente, em competência legislativa, na aplicação da legislação e no controle da execução.

Para a realização dessa pesquisa recorre-se maioritariamente ao direito da União Europeia em geral e ao Direito Ambiental da União em especial, tanto às disposições de direito primário como às de direito secundário, bem como à respectiva doutrina e jurisprudência.

1. Divisão geral de competências

Em matéria ambiental, a competência de atuação é partilhada entre a União e os Estados-membros (art. 4.º/2, e) do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE), o que significa que tanto a União como os Estados-membros têm capacidade e legitimidade para adotar atos legislativos e juridicamente vinculativos (art. 2.º/2 TFUE).

Tal repartição expressa de competências é uma concretização do princípio da atribuição², segundo o qual a União só atuará nos termos e limites que os Estados-membros delimitarem, nos tratados, tendo em vista a prossecução dos objetivos nesses previstos, além de que, caso não tenha sido prevista competência para certa ação, a competência permanece aos Estados-membros (art. 5.º TUE).

A competência partilhada significa que há uma certa concorrência entre a iniciativa legislativa dos Estados-membros e da União, regida pelo princípio da preempção, segundo o qual, uma vez exercida a competência partilhada pela União, Estados-membros já não o podem fazê-lo, estes só podem atuar em caso de ausência de iniciativa por parte da União (art. 2.º/2 final, TFUE).

Além do mais, na aplicação do direito nacional os Estados-membros devem observar o princípio da prevalência do Direito da União Europeia, desaplicando as

² Vide sobre esse princípio: GORJÃO-HENRIQUES, M. *Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010. 6.ª Ed. pp. 375-386

normas do ordenamento interno que o contrariem e interpretando-as em conformidade com aquele; dessa forma, garante-se que o Direito da União tenha uma aplicação uniforme em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados partes.

Embora a proteção do meio ambiente deva basear-se em um nível de proteção elevado, a harmonização legislativa não é um objetivo da política ambiental (art. 191.º TFUE), mas sim o de “assegurar a existência de padrões ambientais mínimos comuns por toda a União, que sejam respeitados em todos os lugares”.³ Por conseguinte, os Estados-membros não estão impedidos, verificadas certas circunstâncias, de adotar medidas ambientais mais restritivas do que as previstas pelo direito da União (art. 193.º TFUE).

Essa distribuição de competências legislativas entre Estados-membros e a União pode ser explicada através do conceito de governança multinível⁴, que caracteriza o quadro complexo de tomada de decisões e poder de influência, de princípios, regras e normas jurídicas, tendo em vista a satisfação de interesses públicos e comuns a mais de um Estado nação, conduzido, assim, em um nível além do nacional.

Por conseguinte, considerando que é no interesse geral da comunidade que o meio ambiente seja protegido, a União tem a prerrogativa de atuar nessa matéria. Devendo, certamente, respeitar os princípios estabelecidos nos tratados que permitem tal, em especial⁵ o princípio da subsidiariedade.

Previsto no art. 5.º do Tratado da União Europeia, referido princípio limita a atuação da União a situações em que os objetivos de uma determinada ação não forem, de modo suficiente, alcançados se exercidos ao nível dos Estados-membros, ou a situações em que os resultados forem melhormente alcançados ao nível da União, no que diz respeito aos efeitos ou dimensões de determinada ação.

Além deste princípio, outros dois de direito geral da União são essenciais para a compreensão da divisão de competências em matéria ambiental. Referimos ao princípio da proporcionalidade (art. 5.º/4 TUE), segundo o qual as ações da União devem limitar-se ao necessário quanto ao conteúdo e a forma da sua atuação, e ao princípio da cooperação leal (art. 4.º/3 TUE), que por sua vez dispõe que Estados-membros e as instituições da União atuam em cooperação, respeitando-se e colaborando mutuamente para o cumprimento das disposições legais.

³ KRÄMER, L. “Dispersion of Authority in the European Union and its Impact on Environmental Legislation”. *A Handbook of Globalisation and Environmental Policy: National Government Interventions in a Global Arena*. (Eds.) Frank Wizen *et al.*, Cheltenham – United Kingdom, Edward Elgar, 2005, p. 553.

⁴ WINTER, G. “Matching Tasks and Competences in the EC Multi-level Environmental Administration”. *Reflections on 30 years of EU Environmental Law-a High Level Approach?* (Ed.) Richard Macrory, Groningen, Europa Law Publishing, 2006.

⁵ KRÄMER, L. *EC Environmental Law*. 6th Ed, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 102.

Segundo Michiel A. Heldeweg⁶, é em respeito ao princípio da proporcionalidade que a União deve priorizar medidas que respeitem as previsões normativas nacionais e o mais alto nível de discricionariade aos Estados-membros. Logo, afirma o autor, as diretivas devem ser preferidas em vez de regulamentos, e diretivas de enquadramento em detrimento de legislação detalhada; em geral, o recurso a padrões mínimos é preferível pois permite aos Estados-membros decidir entre adotar padrões mais restritivos ou não.

No nosso entendimento, o cerne da questão não se encontra na escolha dos atos ou no grau de discricionariade concedido ao legislador nacional, na adoção de medidas ambientais, mas sim na efetiva aplicação prática das normas jurídicas, tendo em vista a melhor proteção ambiental. É na concretização dos objetivos traçados, quer sejam levados a cabo por instituições da União ou pelas políticas nacionais, que está o mérito de qualquer regime jurídico ambiental.

Obviamente, a União Europeia, pelo seu essencial papel na imposição de padrões legislativos e de conduta, deve continuar prevendo medidas que busquem a melhoria e a preservação do meio ambiente europeu. No entanto, queremos destacar que a eficácia da aplicação normativa, i.e., a efetiva realização dos objetivos, é o fator crucial de qualquer legislação e muito mais da ambiental, tendo em conta que grande parte dos danos ambientais são de natureza irreversível.

2. Atuação da União Europeia

No exercício das suas competências e na elaboração da sua política ambiental, a União Europeia (UE) tem atuado como um ator de vanguarda, difundindo boas práticas, padrões de conduta e princípios jurídicos que ao longo do tempo têm sido incorporados nos diversos ordenamentos jurídico-normativos que a integram. Podemos dizer, que a União tem “(um) certo grau de liderança em seu papel normativo”.⁷

Aliás, uma das características que principalmente permitem distinguir a União das organizações internacionais⁸ é sua constituição como entidade dotada de poder legislativo, sendo seus atos vinculantes nos seus Estados-membros, tendo nos seus anos de existência, formado um corpo normativo que cada vez mais evolui para assegurar a proteção ambiental.

⁶ HELDEWEG, M.A. “Towards Good Environmental Governance in Europe”. *European Environmental Law Review*, London, V. 14, N. 1 (2005). p. 9.

⁷ BOURBLANC, M. “The European Union and global environmental governance”. *The EU and Global Environmental Governance – a Handbook*. (Eds.) Jens Uwe Wunderlich e David J. Bailey, London, Routledge, 2011, p. 133.

⁸ HULL, R. “The Environmental Policy of the European Community”. *Environmental Cooperation in Europe – The Political Dimension*. (Ed.) Otmar Höll, Boulder-CO-USA, Westview Press, 1994, p. 146.

É importante destacar que a União não é uma instituição supranacional dotada de vontade e interesses próprios, mas sim um coletivo de Estados que tomam decisões em conjunto para satisfazer interesses comuns, isto é, o direito da União é elaborado e posto em prática nos moldes em que seus membros assim o definam, pelos órgãos competentes para tal e nos trâmites estabelecidos pelos Tratados.

Em matéria ambiental, a ideia de interesses comuns é evidente, pois não se trata de interesses unânimes. Alguns Estados-membros com uma tradição mais protetora do ambiente têm, ao longo do tempo, pressionado a tomada de decisões a nível europeu nesse sentido. Por isso, podemos dizer que a União atua difundindo boas práticas ambientais, devido ao fato de que, para alguns membros (os do Sul, principalmente), as preocupações ambientais dificilmente fariam parte das decisões políticas se não fossem, de certo modo impostas, pelo direito ambiental europeu.

Um mérito da política ambiental europeia é devido à sua capacidade de, ao longo do tempo, ter conseguido tornar-se uma liderança em questões ambientais⁹, não obstante os interesses nacionais divergentes dos Estados-membros quanto aos assuntos ambientais. Além do mais, a UE exerce sua influência em matéria ambiental além dos seus limites internos, tendo em conta que seu modelo de governança ambiental é também refletido nas suas relações com agentes externos à União.

Alguns autores¹⁰ defendem que a atuação da UE em assuntos ambientais a um nível global, de certa forma tem sido instrumental e legitimado seu papel institucional no cenário internacional. Ainda assim, certo é que as dimensões internas e externas da política ambiental europeia estão essencialmente interligadas.¹¹

A UE no exercício da sua competência em matéria ambiental está vinculada aos princípios gerais de direito da União, como já referimos, mas também aos princípios¹² especificamente ambientais: prevenção, precaução, correção na fonte, poluidor pagador, e a outros princípios essenciais para a execução dos fins ambientais, quer sejam os princípios do progresso ecológico e do nível de proteção elevado (art. 191.º TFUE) e o da integração (art. 11.º TFUE)

Sendo assim, na elaboração e execução das medidas ambientais, a União observa esses princípios, que constituem a essência do direito ambiental primário, estando o desenvolvimento sustentável e o elevado nível de proteção e melhoramento da qualidade do ambiente dentre os objetivos principais de ação da União (art. 3.º/3 TUE).

⁹ BOURBLANC, M. "The European Union..." *op cit.* p. 138.

¹⁰ *Idem.* p. 134.

¹¹ HULL, R. "The Environmental Policy..." *op. cit.* p.157.

¹² Vide sobre os princípios de direito ambiental europeu: ARAGÃO, A. "Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia". *Direito constitucional ambiental brasileiro*. (Orgs) José Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite, 3ª Ed, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, p. 32-76.

Desde a década de 1970, quando a UE começou a adotar medidas relacionadas ao meio ambiente, a interação interinstitucional tem sido essencial para concretização e evolução da política ambiental europeia. Isto porque, inicialmente, nos textos dos tratados não constavam quaisquer previsões normativas a respeito da temática.

Devido à então premente necessidade de combater a degradação ambiental e os altos níveis de poluição, a Comissão, o Conselho e o Tribunal de Justiça foram usando suas prerrogativas e abriram espaço para a elaboração de uma política comum em matéria de ambiente, tendo em vista a sua proteção. Um exemplo é a Diretiva 79/409/CEE, do Conselho, de 2 de abril de 1979 relativa à conservação das aves selvagens que foi elaborada sob a competência geral prevista no atual art. 352.º TFUE.

Atualmente, a UE conta com um corpo normativo ambiental consolidado, com normas de direito primário (Tratados) e de direito secundário (Regulamentos, Diretivas, Pareceres, Decisões e Recomendações) e uma vasta coletânea jurisprudencial, sendo que a Comissão, o Conselho, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça e os Comitês Econômico e Social e das Regiões cada um e em conjunto contribuem para o desenvolvimento da política ambiental e principalmente, para a aplicação prática da legislação.

3. Atuação dos estados-membros

Certo é que as ações normativa, administrativa e judicial dos Estados-membros condicionam, em grande parte, a eficácia do direito da União Europeia¹³, e no direito ambiental não é diferente, tendo em vista que é no plano nacional que a concretização da política ambiental e a aplicação da legislação acontecem, traduzindo o compromisso político dos representantes estaduais nas instituições europeias.

A atuação dos Estados-membros decorre do já referido princípio da cooperação leal, que prevê a obrigação de adotarem todas e quaisquer medidas que garantam a execução do direito da união (art. 4.º/3, §2 TUE). Também, mais especificamente, o direito primário da União determina que os Estados-membros devem assegurar a execução da política ambiental europeia (art. 192.º/4 TFUE), considerando que a “é matéria de interesse comum” a execução efetiva do direito da União (art. 197.º/1 TFUE).

O princípio da cooperação leal, na sua vertente positiva, estabelece que os Estados-membros devem mobilizar todas as autoridades nacionais e toda a sociedade, recorrendo a todos os meios, para que as disposições europeias sejam efetivamente aplicadas. Já na vertente negativa, prescreve o dever de absterem-se de tomar qualquer decisão interna que possa por em causa os objetivos da União.

¹³ PLAZA MARTÍN. C. *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 659.

Podemos assim, afirmar que a concretização desse princípio mediante a atuação dos Estados-membros na execução do direito ambiental europeu pode ser subdividida em três tipos de obrigações, de “execução formal, de execução prática e de controle da execução”¹⁴. Às duas primeiras correspondem a aplicação da legislação e juntamente com o controle da execução serão analisadas no caso da proteção da biodiversidade, em seguida.

4. A proteção da biodiversidade - Rede Natura 2000

As preocupações da União Europeia com a preservação e proteção da biodiversidade são anteriores à existência da competência da União em matéria de ambiente. A Diretiva Aves foi adotada em 1979 quando a política ambiental europeia não estava prevista no texto dos tratados. Hoje, com a consolidação da atuação da União em matéria ambiental, essa Diretiva continua a ser crucial no tocante à proteção da biodiversidade europeia.

Atualmente, a União conta com uma rede ecológica de proteção da sua fauna e flora, nomeada Rede Natura 2000. Essa Rede reflete a atuação da União em matéria de proteção da biodiversidade por meio de áreas protegidas, iniciativa concretizada dentro da competência partilhada que a União tem à luz dos Tratados.

Criada pela Diretiva 92/43/CEE, no art. 3.º, a Rede Natura 2000 abrange Zonas Especiais de Conservação. Estas serão, inicialmente, designadas pelos Estados-membros com base na lista de Habitats e de Espécies constantes nos anexos¹⁵ da presente Diretiva, e, após serem aceitas pela União, como Sítios de Importância Comunitária, passam a denominar Zonas Especiais de Conservação. A Rede Natura 2000 inclui, também, as zonas de proteção especial designadas pelos Estados-membros nos termos da Diretiva 79/409/CEE.

A Rede Natura 2000 enquadra-se na estratégia europeia para travar a perda da biodiversidade na Europa e assim, contribuir para a redução da perda da biodiversidade a nível global. Essa estratégia, definida em 2011, clama pela “combinação de ações a nível subnacional, nacional e da UE” a fim de alcançar a implementação dos objetivos traçados pela União¹⁶ em consonância com os seus compromissos assumidos no âmbito internacional, mormente na Convenção sobre a Diversidade Biológica¹⁷.

¹⁴ *Idem*, pp. 661-664.

¹⁵ Os anexos foram atualizados pela Diretiva 97/62/CE do Conselho de 27 de Outubro de 1997 tendo em conta o progresso científico e técnico.

¹⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões. “Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020”. COM (2011) 244 final. p. 12.

¹⁷ CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Decisão 93/626/CEE, de 25 de Outubro de 1993 relativa à celebração da Convenção sobre a Diversidade Biológica.

O primeiro dos seis objetivos principais dessa estratégia consiste na melhor implementação da legislação. Por implementação entende-se¹⁸ que abrange a transposição da legislação europeia para os ordenamentos nacionais e a aplicação dessa legislação na prática. Cumpre, então, analisar como consubstancia-se essa vertente da política ambiental europeia à luz do direito da União Europeia.

a) Competência legislativa

Dentro do quadro institucional, a Comissão Europeia tem competência exclusiva de iniciativa legislativa (art. 17.º TUE). Dessa forma, a Comissão propõe Regulamentos e Diretivas, que são discutidos separadamente, pelo Parlamento e pelo Conselho e adotados conjuntamente (arts. 289.º e 294.º TFUE), sob consulta ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, ambos atuando dentro das suas prerrogativas como órgãos consultivos (arts. 300.º e ss). Nisso constitui o processo legislativo ordinário.

A escolha do ato jurídico é determinante no modo de execução normativa nos ordenamentos jurídicos nacionais. Regulamentos têm um caráter geral e abstrato e são, geralmente, obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis, isto é, passam a existir simultaneamente na ordem jurídica dos Estados-membros assim que publicados. Já Diretivas são atos mais concretos, vinculando os Estados a uma obrigação de resultado e ao dever de as transporem para o ordenamento interno, na forma e nos meios que quiserem.¹⁹ Decisões também são obrigatórias em todos os seus elementos, contrariamente às recomendações e pareceres (art. 288.º TFUE).

Em matéria ambiental, geralmente, recorre-se à Diretivas pois tendem a ser o melhor instrumento para alcançar a aproximação de legislações. Por conseguinte, supõem um desenvolvimento pelos Estados-membros, que adotam as medidas administrativas, legislativas e judiciais para a transposição dos elementos da diretiva, tendo em vista a consecução das metas definidas.

A política europeia de proteção da biodiversidade tem sua base legislativa em duas Diretivas: a Diretiva Aves, atualizada pela Diretiva 2009/147/CE²⁰ e a Diretiva Habitats 92/43/CEE²¹ que constituem “componentes estruturais da Rede Ecológica europeia que se designou Rede Natura 2000”²².

¹⁸ KRÄMER. L. “Implementation and Enforcement of the Habitats Directive”. *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context. European Nature’s Best Hope?* (Ed.) Charles-Hubert Born, et al., London, New York, Routledge, 2015. p. 231.

¹⁹ Em Portugal, por previsão constitucional, a forma pode ser a de lei, decreto-lei, ou decreto legislativo regional: art. 112.º/8 Constituição da República Portuguesa.

²⁰ Diretiva 2009/147/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Novembro de 2009, relativa à conservação das aves selvagens.

²¹ Diretiva 92/43/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1992, relativa à preservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens.

²² RIBEIRO, M.C. “Rede Natura 2000: os Desafios da Proteção da Biodiversidade Marinha no Dealbar do Século XXI”. *Separata da Revista “Temas da Integração”*, 1.º Semestre de 2008, N.º 25. p. 175.

A primeira Diretiva, visa a “conservação de todas as espécies de aves que vivem naturalmente no estado selvagem no território europeu dos Estados-Membros” e, por conseguinte, “tem por objeto a proteção, a gestão e o controle dessas espécies e regula a sua exploração, e aplica-se às aves, aos seus ovos, aos seus ninhos e aos seus habitats” (art. 1.º Diretiva Aves). Já a segunda Diretiva, dirige-se à “conservação dos habitats naturais e da fauna e da flora selvagens no território europeu dos Estados-membros” (art. 2.º Diretiva Habitats).

Os Estados-membros também podem legislar, devido à competência partilhada, como foi visto inicialmente. No entanto, a competência legislativa dos Estados-membros em matéria ambiental limita-se à duas situações: quando em determinado assunto ambiental a União não legislou, ou quando o Estado membro adote medidas mais restritivas do que as adotadas ao nível da UE. Ambas situações são reguladas por disposições do Direito da União.

No primeiro caso, os Estados podem adotar leis ou normas ambientais, desde que respeitem as disposições dos tratados²³. Essencialmente, não devem por em causa as liberdades de circulação, de mercadorias, de serviço, de trabalho e capital.

No segundo caso, podem adotar medidas mais restritivas, seguindo o disposto no art. 193.º TFUE, desde que as medidas não sejam diferentes das adotadas pela União. Podem ser mais restritivas, mas devem seguir a mesma direção e almejar chegar mais próximo do que a Comunidade em alcançar os objetivos previstos do art. 191.º TFUE²⁴. Assim, a União e os demais Estados-membros podem aproximar e alinhar suas medidas às mais restritivas de um certo Estado membro, conseguindo-se a harmonização da legislação.

Considerando que a proteção e preservação das aves selvagens, dos habitats e da fauna e flora selvagens, de interesse comunitário, foram objeto de legislação pelas instituições competentes da União, aos Estados-membros resta assim, a opção de adotar atos legislativos mais restritivos nesses assuntos, na condição de respeitarem os termos impostos pelo regime acima descrito.

A Diretiva Aves (2009/147/CE) prevê expressamente no seu art. 14.º a possibilidade de os Estados-membros adotarem medidas mais estritas do que as já previstas.

b) Aplicação da legislação

A aplicação da legislação abrange a execução formal e a execução prática, obrigações dos Estados-membros inerentes ao princípio da cooperação leal, já referido.

²³ KRÄMER, L. *EC Environmental Law*. op. cit. p. 102.

²⁴ *Idem*. p. 127.

Veremos em que consiste cada um desses encargos e como relacionam-se à Rede Natura 2000.

À execução formal corresponde a obrigação de adotar no direito interno a legislação elaborada a nível da UE. Como já se referiu, os regulamentos são geralmente, diretamente aplicáveis, no entanto, as diretivas carecem de um ato de transposição. E, embora os Estados-membros tenham a autonomia para escolher a forma e o ato interno para transpôr uma diretiva, devem observar o grau de vinculação jurídica que a Diretiva traz. Isto é, uma diretiva que estabelece requisitos ambientais compulsórios²⁵ só pode ser transposta por medidas de direito interno juridicamente vinculativas.

Inerente à obrigação de transposição das diretivas ambientais, estão algumas obrigações acessórias também muito importantes na aplicação da legislação ambiental a nível europeu.

Destacamos as obrigações de observar o prazo para transposição, e a de fazer referência no ato de direito interno à diretiva em causa (art. 23.º/2 Diretiva Habitats). Além do dever de comunicar ou informar a Comissão e do dever de elaborar relatórios segundo o disposto na diretiva em causa.

A Diretiva Aves de 1979 (79/409/CEE) estabeleceu como prazo limite para sua transposição ao direito interno dos Estados-membros, 7 de Abril de 1981. Na atual Diretiva 2009/147/CE, o art. 18.º remete para o Anexo VI-B segundo o qual continua a vigorar o referido prazo para a transposição. Já a Diretiva Habitats (92/43/CEE), prevê no seu art. 23.º o prazo de dois anos para adotarem medidas para dar cumprimento às disposições da Diretiva, a contar da notificação da entrada em vigor, e o dever de informar “imediatamente” a Comissão.

O dever de comunicação à Comissão também é manifesto em outras disposições de ambas Diretivas. A Diretiva Aves, no art. 4.º/3 prevê que os Estados-membros devem comunicar todas as informações úteis sobre as zonas de proteção, e no art 17.º o dever de comunicar todas as disposições de direito interno que concretizem a Diretiva, disposição semelhante ao art. 23.º da Diretiva Habitats. Nesta, também há o dever de comunicar as estimativas de cofinanciamento comunitário necessário para concretizar as medidas nacionais, no art. 8.º.

Vale lembrar que a não observância, quer da obrigação principal, de transposição, isto é, a ausência de transposição, quer de quaisquer das obrigações acessórias (o desrespeito ao prazo é a infração mais comum) dá lugar ao procedimento judicial de incumprimento do Direito da União.

Com relação à vertente da execução prática, quer-se afirmar que não basta a adoção no direito interno da legislação ambiental europeia, sendo ainda necessário sua correta, total e efetiva aplicação prática. Quanto mais as diretivas, que são juridicamente

²⁵ *Idem.* p. 421.

vinculativas e trazem, na grande maioria das vezes, um objetivo comum a ser alcançado nos respectivos assuntos. No caso da proteção da biodiversidade, os Estados-membros tem dois deveres de execução prática da legislação: o dever de designação e o dever de proteção.

O dever de designação, no art. 4.º da Diretiva Aves é trazido como a obrigação de classificar Zonas de Proteção Especial nos territórios apropriados; enquanto que na Diretiva Habitats, é o art. 3.º que estabelece o dever de designar sítios como Zonas Especiais de Conservação. Impõe-se que a designação das espécies e habitats seja feita atendendo a critérios de coerência²⁶, que permitam uma delimitação apropriada em número e extensão. Essa coerência, no aspecto qualitativo, exige uma designação adequada e na vertente quantitativa, que seja “suficiente, completa e útil”.

O dever de proteção, na Rede Natura 2000, incumbe os Estados-membros em uma vertente negativa, de abster-se de tomar quaisquer medidas que venham a por em causa a conservação das espécies e habitats, ou que possam perturbá-las. E numa vertente positiva, de adotar todas as medidas regulamentares, administrativas e legislativas necessárias para alcançar uma efetiva proteção e reabilitação das espécies e habitats (art. 4.º Diretiva Aves, e art. 6.º Diretiva Habitats).

Os Estados-membros devem, dessa forma, assegurar o alcance dos resultados pretendidos pela normativa europeia. Considerando como elemento chave da implementação da legislação da proteção da biodiversidade o estabelecimento efetivo da proteção, gerenciamento e restauração das áreas que constituem a Rede Natura 2000.²⁷ Garantindo, assim, o efeito útil da legislação.

Por conseguinte, em decorrência do princípio da subsidiariedade, ocorre que o maior ônus recai sobre os Estados-membros²⁸, pois é sobre eles que impende a responsabilidade de classificar, regulamentar, gerir e monitorar os sítios da Rede Natura 2000, bem como a competência de realizar a fiscalização do cumprimento da legislação específica adotada, como veremos a seguir.

Essa vasta responsabilidade confiada aos Estados-membros, devido à sua complexidade e aos custos que acarretam, pode dar origem a um quadro de estagnação na proteção da biodiversidade, resultante da inaplicação de todas as normas e parâmetros, indo contrariamente aos objetivos traçados pela legislação em análise.

²⁶ ARAGÃO, A. “Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura: alguns problemas”. *Revista do Centro de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, A.5, N.º 10, V.2 (2002). pp. 16-20

²⁷ COMISSÃO EUROPEIA. “Fitness Check on EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives)”. Mandate: DG Environment. 25 February 2014. p. 12.

²⁸ RIBEIRO, M. C. “Rede Natura 2000: os Desafios...” *op. cit.* p. 231.

O déficit na aplicação da legislação ambiental europeia tem sido há muito tempo reconhecido, podendo ser atribuído à inexistência de um mecanismo²⁹ de implementação e execução dentro da União. Mas também, os problemas no controle e execução da legislação podem ser imputados³⁰ à fraca tradição de execução normativa e de participação pública em questões ambientais de vários Estados-membros.

Com relação às Diretivas em causa, o déficit na concretização dos resultados pretendidos pode ser atribuído aos “progressos insuficientes na adoção de medidas e objetivos de conservação que respondam plenamente às necessidades das espécies e habitats protegidos”³¹. A falta ou a má transposição das diretivas³² também podem ter uma consequência negativa na efetiva proteção da biodiversidade.

Atualmente, um dos objetivos prioritários do 7.º Programa de Ação Ambiental³³ constitui uma melhor execução da legislação ambiental, destacando o atual programa, os benefícios ambientais, econômicos e para a saúde que uma melhor aplicação traria. Embora os Programas de Ação sejam adotados via legislativa, (art. 192.º/3 TFUE) não são juridicamente vinculativos, antes representam um consenso político entre os Estados-membros, de agirem em conjunto e em solidariedade aos objetivos e prioridades traçados, tendo em vista a satisfação de interesses comuns à comunidade.

Em comunicações publicadas em 2008³⁴, 2012³⁵ e mais recentemente, em maio de 2016³⁶, a Comissão tem admitido a existência de uma lacuna na aplicação da legislação e da política ambientais. No geral, atribuindo às dificuldades técnicas e financeiras, à falta de informações, à ausência de inspeções e vigilância dentre outros fatores, a não efetivação dos objetivos ambientais traçados a nível europeu.

Nesse sentido, a Comissão busca, nessas comunicações, delinear estratégias em conjunto com as demais instituições, os Estados-membros e os cidadãos, para garantir

²⁹ KRÄMER, L. “Dispersion of Authority...” *op cit*, p. 559.

³⁰ HULL, R. “The Environmental Policy...” *op. cit.* p. 149.

³¹ COMISSÃO EUROPEIA. “O estado da natureza na União Europeia”. Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Bruxelas, 20.5.2015 COM (2015) 219 final. p. 21.

³² Vide sobre uma análise crítica da transposição da Diretiva Habitats, Ludwig Krämer. “Implementation and enforcement...” *op. cit.* pp. 230-231.

³³ EUROPEAN COMMISSION. *7th EAP Priority Objectives*. Disponível em [<http://ec.europa.eu/environment/action-programme/objectives.htm>].

³⁴ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à *aplicação do direito comunitário do ambiente*: COM (2008) 773 final;

³⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - *Como tirar melhor partido das medidas ambientais da UE: melhor conhecimento e reatividade para consolidar a confiança*: COM (2012)095 final;

³⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - *Tirar o melhor partido das políticas ambientais da UE através de um reexame periódico da sua aplicação*: COM (2016) 316 final.

uma melhor aplicação das medidas ambientais e assim assegurar uma melhor proteção ambiental.

Tais iniciativas, de direito ambiental geral da União, contribuem para uma melhor aplicação da legislação da Natureza, como é denominada o conjunto das duas diretivas em estudo. Outras iniciativas mais especificamente voltadas para a proteção da biodiversidade também têm sido elaboradas, tendo por base o reconhecimento de que os níveis de preservação e restauração das espécies e dos habitats ainda não são satisfatórios.

Além disso, a Comissão tem recorrido à certas iniciativas de governança no plano não institucional no intuito de obter melhores resultados na concretização da política e da legislação ambiental, nomeadamente através da criação da Agência Europeia do Ambiente e do apoio às Redes de cooperação e informação.

A Agência Europeia do Ambiente (AEA) foi estabelecida por meio de Regulamento³⁷ e começou a funcionar em 1994. Atualmente, é o Regulamento n.º 401/2009³⁸ que rege a atuação da AEA. Alguns defendiam a criação de uma agência com poderes de inspeção e controle que atuasse em todos os Estados-membros contribuindo para suprir o déficit na aplicação da legislação ambiental. No entanto, a AEA foi estabelecida sem essa competência fiscalizadora, sendo responsável apenas pela coleta e divulgação de informações ambientais, funcionando em rede, com colaboradores em todos os Estados-membros.

Apesar de que uma entidade com competências executivas pudesse ser um bom instrumento na aplicação da legislação no plano europeu, a ausência desse poder executivo na AEA é expressão de um novo modelo de administração ou governança³⁹, que recorre às redes descentralizadas, seguindo uma estrutura horizontal não hierarquizada, inexistindo superioridade e subordinação, preferindo antes basear-se na cooperação, acessibilidade e participação dos colaboradores.

Ainda dentro desse modelo de administração em rede, a União Europeia apóia outras redes intergovernamentais independentes e representativas, que trabalham por uma melhor aplicação da legislação ambiental. Destaca-se dentre elas, a Rede Europeia para Implementação e Execução da Legislação Ambiental vigente (IMPEL — European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental Law).

³⁷ Regulamento do Conselho (CEE) n.º 1210/90, de 7 de maio 1990.

³⁸ PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (CE) n.º 401/2009, de 23 de Abril de 2009, relativo à *Agência Europeia do Ambiente e à Rede Europeia de Informação e de Observação do Ambiente*.

³⁹ LADEUR, K. H. "The new European Agencies – The European Environmental Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations". *EUI Working Papers*, Badia Fiesolana, San Domenico, European University Institute, 1996. p. 14.

Formada por autoridades ambientais de 35 países (28 Estados-membros da UE, Macedônia, Turquia, Islândia, Kosovo, Albânia, Suíça e Noruega) a IMPEL⁴⁰ é uma associação internacional não lucrativa, e realiza projetos e conferências para definir estratégias e objetivos de implementação, que funciona em cooperação com a Comissão atuando como rede intergovernamental não integrada, e é financiada pela Comissão desde 2009, por meio do projeto LIFE⁴¹.

Em suma, vê-se que as instituições europeias reconhecem a necessidade de melhorar a efetiva aplicação normativa ambiental e dentro das suas prerrogativas buscam medidas para tal. Não obstante a ausência de uma autoridade de inspeção e controle da execução legislativa ambiental, contrariamente à outras áreas de atuação, como no direito à concorrência e saúde animal⁴²; a abordagem é baseada em princípios de colaboração e solidariedade, por meio de legislação de enquadramento e de redes de compartilhamento de informações e boas práticas, contando com a participação ativa dos Estados-membros e dos cidadãos para o alcance de uma melhor proteção ambiental.

c) Controle da execução

Quanto à terceira vertente do princípio da cooperação na aplicação do direito ambiental europeu, o controle da execução, incumbe os órgãos jurisdicionais⁴³ dos Estados-membros a exercerem um controle jurídico, e as instituições administrativas de elaborar relatórios e fiscalizar a aplicação da legislação. Assim, garante-se que os objetivos da política ambiental e os bens jurídicos salvaguardados sejam verdadeiramente alcançados e protegidos.

Sendo assim, no cumprimento das normas ambientais, quer de origem europeia ou nacional, os tribunais (e demais juristas) devem ater-se ao princípio da interpretação conforme, o que por um lado significa que devem aplicar as leis ambientais internas em conformidade com o Direito Ambiental da União (princípios, normas primárias e secundárias), e por outro lado, devem desaplicar normas de direito nacional que o contrariem.

Por conseguinte, há uma prevalência do direito ambiental da união sobre o direito interno dos Estados-membros, que busca nada mais do que uma aplicação uniforme da política e da legislação ambientais em todos os ordenamentos jurídicos dos Estados partes.

⁴⁰ IMPEL. *History*. Disponível em: [<http://impel.eu/wp-content/uploads/2015/07/History-of-IMPEL.pdf>].

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO. Regulamento (UE) n.º 1293/2013, de 11 de dezembro de 2013, que estabelece um Programa para o Ambiente e a Ação Climática (LIFE).

⁴² KRÄMER, L. *EC Environmental Law*. op. cit. p. 461.

⁴³ EUROPEAN COMMISSION. *“EU environmental law and national Courts: the key role of the national judge”*. Workshop on EU legislation. Principles of EU environmental law. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/role_nat_courts/Role%20of%20national%20judge.pdf].

Outra prerrogativa do controle de execução é o instituto do reenvio prejudicial, que constitui na faculdade dada aos tribunais nacionais de submeter ao Tribunal de Justiça da UE algum caso que suscite dúvidas quanto ao significado de alguma disposição dos tratados, por exemplo, dos princípios ambientais ou sobre a interpretação ou mesmo a validade de qualquer ato adotado pela União⁴⁴ (art. 267.º TFUE). Também nesse caso, visa-se uma aplicação uniforme do direito ambiental europeu nos Estados-membros.

Por fim, os juízes nacionais são compelidos a fazer cumprir quaisquer provisões normativas europeias que atribuam direitos a indivíduos, segundo a doutrina do efeito direto⁴⁵, mesmo que não tenha sido transposta para o ordenamento interno, segundo o entendimento de que os juízes nacionais atuam como juízes da União Europeia.

As Diretivas que funcionam como pilares legislativos para a Rede Natura 2000, trazem o dever de os Estados-membros elaborarem relatórios sobre as disposições adotadas no direito interno que concretizem a respectiva Diretiva. No art. 17.º da Diretiva Habitats, prevê-se que a cada 6 anos os relatórios devem ser enviados à Comissão, que os disponibilizará ao público. Já a Diretiva Aves, no seu art. 12.º prevê a cada 3 anos o dever de os Estados-membros enviarem relatórios sobre a aplicação das disposições nacionais.

Os relatórios funcionam como mecanismo de controle da execução da legislação, pois permitem conhecer o grau de alcance dos objetivos pretendidos. Não obstante, muitas são as críticas dirigidas ao atual modelo de elaboração de relatórios da política ambiental europeia.

Um dos fatores levantados é a ausência de um modelo para esses relatórios, em especial, a não existência de uma tabela de correspondência que permita a comparação entre as medidas previstas pela Diretiva e as adotadas no direito interno. Ainda, com relação à Diretiva Habitats, a doutrina afirma que não se cumpriu a previsão de que seriam disponibilizados ao público, colocando a transparência e acesso a informações em causa.⁴⁶

A Comissão, como “guardiã dos Tratados”, zela pela efetiva execução normativa desses, bem como de todas as outras medidas adotadas pelas instituições e pode recorrer ao Tribunal de Justiça, caso haja incumprimento quanto aos termos e o alcance dos resultados impostos pelas Diretivas, seguindo o processo destinado para o efeito (arts. 258.º e 260.º TFUE).

Se um Estado estiver em incumprimento por não ter observado os prazos para tal, por tê-lo feito incorretamente ou não ter alcançado os objetivos estabelecidos pela

⁴⁴ Vide recente Acórdão do TJUE, processo C-399/14, de 14 de janeiro de 2016, que teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado por uma associação de proteção da natureza contra uma autoridade administrativa Alemã, sobre interpretação do artigo 6.º/ 2 a 4, da Diretiva Habitats.

⁴⁵ Cujo precedente inicial foi o caso “C-26/62, Van Gend en Loos” decidido pelo TJUE no Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963.

⁴⁶ KRÄMER. L. “Implementation and enforcement...” *op. cit.* pp. 231-234.

Diretiva, o resultado do processo judicial por incumprimento, frequentemente, limita-se à declarar o incumprimento, quando muito, procede à delimitação de uma sanção pecuniária, que pode ser fixa ou progressiva (art. 260.º/2, §2 TFUE), todavia, dificilmente obriga o Estado em causa a alcançar os objetivos a que estava inicialmente vinculado.

Tal deficiência do processo judicial por incumprimento, nos assuntos ambientais, é lamentável para o alcance de uma melhor proteção ambiental. Ainda, o fato de a Comissão não ter competência para investigar e coletar provas *in loco*, faz com que sua petição seja baseada nos dados fornecidos pelo Estado em causa, podendo por em causa a objetividade, integridade e autenticidade das provas fáticas, das quais depende o processo judicial.

A morosidade dos processos judiciais no TJUE é um outro empecilho ao efetivo cumprimento das normas ambientais europeias, e à inerente melhoria do meio ambiente pretendida, haja vista que a burocracia intrínseca aos trâmites estabelecidos nos tratados pode levar a ocorrência de danos ambientais graves, quando não, irreversíveis, que dificilmente serão reparados integralmente pela decisão final.

Não obstante essas vicissitudes, o controle da execução normativa é indispensável, e quanto à legislação da Natureza da União Europeia, é assegurado, principalmente, por meio de um forte sistema judicial⁴⁷. Nomeadamente, as jurisdições nacionais e o TJUE que garantem a interpretação rigorosa e aplicação do direito da União, contribuindo para o aumento da sua efetividade.

Em recente relatório⁴⁸ sobre a estratégia de biodiversidade, a Comissão concluiu que, não obstante os diversos progressos alcançados pelas Diretivas na proteção da biodiversidade a nível europeu, ainda há um grande registro de perdas significativas de espécies e habitats. O relatório termina com a conclusão de que “(é) agora urgente intensificar a execução de medidas respeitantes a todas as metas e garantir que os princípios incluídos nos quadros políticos se refletem plenamente no terreno”.

Considerações finais

A política ambiental da União Europeia conta com um complexo elenco legislativo, cuja complexidade está associada ao direito geral da união e às disposições ambientais específicas. Como não podia deixar de ser, essa política ambiental influencia grandemente os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, ao traçar objetivos, princípios e metas a seguir.

⁴⁷ BORN. C.H, et al. “Introduction”. The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context...” Op. cit. p. 4.

⁴⁸ COMISSÃO EUROPEIA. “Revisão Intercalar da Estratégia de Biodiversidade da UE para 2020”. Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Bruxelas, 2.10.2015. COM (2015) 478 final, p. 19.

Dentro de um modelo de governança multinível, as ações em matéria ambiental são adotadas não só pelas instituições da União, mas também pelos diversos Estados-membros, seguindo as exigências e competências delineadas pelo direito primário e secundário da União. Em especial em matéria ambiental, o papel desempenhado pelos Estados-membros na aplicação da legislação e no controle da sua execução é de suma importância. Como podemos concluir da análise do caso da Rede Natura 2000, é sobre as administrações dos diversos Estados que recaem as responsabilidades de efetiva proteção, preservação e restauração das espécies e habitats típicos europeus, bem como da designação das zonas a serem objeto de conservação especial.

Não obstante as diversas vicissitudes que o modelo de governança ambiental europeu apresenta, ainda assim é um modelo muito desenvolvido e com inúmeras qualidades, como é possível concluir dessa pesquisa. Em um contexto jurídico tão diverso quanto o da União Europeia, a proteção ambiental é um dos marcos positivos que caracterizam esse sistema multinacional e multinível.

Como pudemos perceber é aos Estados-membros que compete principalmente a aplicação legislativa bem como o controle da sua execução. E não obstante a competência legislativa ser compartilhada entre a União e os Estados, maioritariamente a elaboração normativa é realizada pela União Europeia, mas que depende dos Estados para sua concretização.

A partir da compreensão do funcionamento da aplicação do direito ambiental europeu, podemos tentar adaptá-lo a realidades semelhantes: à outras regiões do globo em que exista uma integração entre países diversos ou em países de grande extensão com administração federal; além de ser um modelo viável para a governança ambiental internacional, no geral. Isto porque como vimos, a União não possui forte competência de fiscalização e execução por incumprimento das normas ambientais, à parte dos casos de responsabilização por incumprimento de direito da União, a maior parte da fiscalização e controle da execução é realizada pelos Estados dentro das suas respectivas jurisdições.

Assim sendo, o modelo de articulação político-jurídico ambiental da União Europeia serve de referência para o Direito Internacional Público, na medida em que este ramo também tem limitações quanto à execução e fiscalização da aplicação legislativa. Portanto, essa articulação europeia entre diversos níveis de jurisdição e de concretização de objetivos comuns, representa uma alavanca para um futuro com maior proteção do meio ambiente a nível global.

Um modelo de concretização de legislação ambiental em que a cooperação e a coordenação de esforços são a base de uma política de proteção e de maior benefício ambiental, em que competências são repartidas e em que há uma coerência entre as ações dos diversos atores. Esse modelo, como vimos é operacionalizado por meio de um extenso aparato jurídico e administrativo, que instrumentalizam o alcance dos objetivos. Portanto, vê-se que não obstante a governança multinível e os diferentes graus de

jurisdição, os instrumentos jurídicos permitem uma concretização da proteção e melhoria do meio ambiente.

Referências

- ARAGÃO, Alexandra. “Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia”. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. (Orgs) José Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- ARAGÃO, Alexandra. “Instituição concreta e protecção efectiva da rede Natura: alguns problemas”. In: *Revista do Centro de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*. A.5, N.º 10, V.2 (2002).
- BORN. Charles-Hubert, *et al.* “Introduction”, In: *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context. European Nature’s Best Hope?* (Eds.) Charles-Hubert Born, *et al.*, London, New York: Routledge, 2015.
- BOURBLANC, Magalie. “The European Union and global environmental governance”. In: *The EU and Global Environmental Governance – a Handbook*. (Eds.) Jens Uwe Wunderlich e David J. Bailey. London: Routledge. 2011.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à aplicação do direito comunitário do ambiente: COM (2008) 773 final;
- COMISSÃO EUROPEIA. “Fitness Check on EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directives)”. Mandate: DG Environment. 25 February 2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. “O estado da natureza na União Europeia”. Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Bruxelas, 20.5.2015 COM (2015) 219 final.
- COMISSÃO EUROPEIA. “Revisão Intercalar da Estratégia de Biodiversidade da UE para 2020”. Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Bruxelas, 2.10.2015. COM (2015) 478 final.
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Como tirar melhor partido das medidas ambientais da UE: melhor conhecimento e reatividade para consolidar a confiança: COM (2012) 095 final;
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões. “Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020”. COM (2011) 244 final.
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Tirar o melhor partido das políticas ambientais da UE através de um reexame periódico da sua aplicação: COM (2016) 316 final.

- CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DECISÃO 93/626/CEE, de 25 de Outubro de 1993 relativa à celebração da Convenção sobre a Diversidade Biológica.
- EUROPEAN COMMISSION. “*EU environmental law and national Courts: the key role of the national judge*”. Workshop on EU legislation. Principles of EU environmental law. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/environment/legal/law/pdf/role_nat_courts/Role%20of%20national%20judge.pdf].
- EUROPEAN COMMISSION. 7th EAP Priority Objectives. Disponível em: [http://ec.europa.eu/environment/action-programme/objectives.htm].
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito da União. História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência. Coimbra: Almedina. 2010. 6.^a Ed.
- HELDEWEG, Michiel A. “Towards Good Environmental Governance in Europe” In: *European Environmental Law Review*. London. V. 14. N. 1 (2005).
- HULL, Robert. “The Environmental Policy of the European Community”. In: *Environmental Cooperation in Europe – The Political Dimension*. (Ed.) Otmar Höll. Boulder-CO-USA: Westview Press, 1994.
- IMPEL. History. Disponível em: [http://impel.eu/wp-content/uploads/2015/07/History-of-IMPEL.pdf].
- KRÄMER, Ludwig. “Dispersion of Authority in the European Union and its Impact on Environmental Legislation”. In: *A Handbook of Globalisation and Environmental Policy: National Government Interventions in a Global Arena*. (Eds.) Frank Wizen, et al., 2005. Cheltenham – United Kingdom: Edward Elgar.
- KRÄMER, Ludwig. *EC Environmental Law*. 6th Ed. London: Sweet & Maxwell. 2007.
- KRÄMER, Ludwig. “Implementation and Enforcement of the Habitats Directive”. In: *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context. European Nature’s Best Hope?* (Eds.), Charles-Hubert Born, et al., London, New York: Routledge, 2015.
- LADEUR, Karl-Heinz. “The new European Agencies – The European Environmental Agency and Prospects for a European Network of Environmental Administrations”. In: *EUI Working Papers*. Badia Fiesolana, San Domenico: European University Institute, 1996.
- MARTÍN. Carmen Plaza. *Derecho Ambiental de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO. Regulamento (CE) n.º 401/2009, de 23 de Abril de 2009, relativo à Agência Europeia do Ambiente e à Rede Europeia de Informação e de Observação do Ambiente.

PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO. Regulamento (UE) n.º 1293/2013, de 11 de dezembro de 2013, que estabelece um Programa para o Ambiente e a Ação Climática (LIFE).

RIBEIRO, Marta Chantal. “Rede Natura 2000: os Desafios da Proteção da Biodiversidade Marinha no Dealbar do Século XXI”. *In: Separata da Revista “Temas da Integração”*. 1.º Semestre de 2008, N.º 25.

WINTER, Gerd. “Matching Tasks and Competences in the EC Multi-level Environmental Administration”. *In: Reflections on 30 years of EU Environmental Law-a High Level Approach?* (Ed.) Richard Macrory. Groningen: Europa Law Publishing. 2006

CRIMINOLOGIA GENÉTICA: REFLEXÕES JURÍDICAS

GENETIC CRIMINOLOGY: LEGAL REFLECTIONS

Juliane Menezes Machado¹

Universidade Autónoma de Lisboa “Luis de Camões”

Vivianne Rodrigues de Melo²

Universidade Autónoma de Lisboa “Luis de Camões”

Sumário: 1. Introdução; 2. A (r)evolução da biotecnologia e o genoma humano; 3. Criminologia genética: reflexões jurídicas; 4. Conclusões; 5. Referências

1. Introdução

O crime e as causas que o norteiam é uma realidade que demanda estudo aprimorado em todos os ordenamentos jurídicos. É fato que a conexão interdisciplinar da Criminologia "decorre de sua própria consolidação histórica como ciência autônoma, à vista da influência profunda de diversas outras ciências" (LAVOR, 2016), designadamente do estudo do crime a partir da própria realidade do sujeito agente.

Pretende-se, neste *paper*, realizar uma breve reflexão a respeito da eficácia jurídica da Genética aplicada à Criminologia e se a análise do perfil genético dos indivíduos interfere na Criminologia.

Adota-se, como recursos teóricos e metodológicos dedutivos, a análise de legislação e documentação, bem como o levantamento bibliográfico específico.

2. A (r)evolução da biotecnologia e o genoma humano

O Genoma Humano é o mote dos avanços da biotecnologia e a descoberta do DNA é de tal relevância que considerado um verdadeiro divisor de águas na história da Genética, na lição de KNUTSON (1991, p. 42 *apud* BARBAS, 2011, p. 43).

¹ Doutoranda e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões” - Portugal. Especialista em Direito Processual e em Direito Criminal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada militante. Consultora Jurídica. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Minas Gerais.

² Doutoranda e Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões” - Portugal. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho-Brasil. Especialista em Legislação Ambiental pela Evata Educação Avançada. Pós-graduanda em Direito Médico pela FACINEP-Brasil. Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Produtora e apresentadora do Programa Direito da Gente - TV Campos de Minas - Brasil.

A molécula de DNA é um "composto orgânico que contém as instruções genéticas que coordenam o funcionamento e o desenvolvimento de todos os seres vivos, transmitindo-lhes as características hereditárias". (MIRANDA, 2014, p. 19)

O DNA é o código genético que está presente em todas as células do corpo humano. O art. 1º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos dispõe que "o genoma humano tem subjacente a unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como o reconhecimento da sua inerente dignidade e diversidade", sendo considerado simbolicamente o grande patrimônio da Humanidade, senão a maior descoberta de todos os tempos.

A Biotecnologia é uma ciência multifatorial a serviço da vida humana, direta ou indiretamente e sua gênese remonta o ano de 1919, "quando usada pela primeira vez, pelo engenheiro húngaro Karl Ereky" (FERRO, 2010).

Tal expressão é adotada formalmente, no ano de 1992, no texto da Convenção sobre a Biodiversidade, como "qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica".

O Admirável Mundo do Genoma Humano produz consequências nos mais variados ramos do Direito com os quais a Bioética é chamada a interagir:

A rapidez dos avanços científicos e tecnológicos exigiu que as diversas áreas do conhecimento envolvidas com os fenômenos relacionados ao nascimento, vida e morte das pessoas, além das intervenções sobre a natureza, se adequassem à nova realidade. (LIEDKE, 2009, p. 36)

A propósito, há quem afirme que o nascimento da Bioética remonta ao *Corpus Hipocraticum*, em que foram lançadas, na Antiga Grécia de Hipócrates, as centelhas das diretrizes deontológicas, quando do exercício da Medicina. Todavia, "a terminologia Bioética é atribuída ao oncologista e biólogo Van Rensselder Potter, quando fez referência à "ciência da sobrevivência, em sua obra *Bioethics: bridge to the future*, publicada em 1971, com uma conotação eminentemente ecológica". (DINIZ, 2014, p. 33)

A Bioética surgiu nos anos 70, quando o mundo assistiu uma necessidade premente de se refrear possíveis atropelos da tecnociência, em salvaguarda dos seres vivos. Norteia-se pelo seguinte referencial antropológico moral: "o valor supremo da pessoa humana, de sua vida, dignidade, liberdade e autonomia que impõe ao homem diretrizes morais diante dos dilemas levantados pela biomedicina". (SOARES, 2002, p. 07 *apud* MALUF, 2010, p. 10)

Destaca-se que a conquista historicamente garantida é o catálogo deontológico da Bioética, dentre outros aspectos, composto pela intangibilidade do corpo e pelo devido consentimento do cedente do patrimônio genético, verdadeiros direitos da personalidade.

3. Criminologia genética: reflexões jurídicas

A análise do DNA, como estrela guia do Projeto Genoma, traz em seu bojo a impactante possibilidade tecnológica de se produzir a impressão digital genética. Muitos afirmam até mesmo a assunção de um Direito Penal Genético, em que a teoria clássica do crime permanece intacta, porém profundamente influenciada pelas novas tecnologias. Os avanços da Genética alcançam também a Execução Penal, notadamente a partir de reverberações na própria instrução probatória.

Diversos são os debates jurídico-penais diante das inovações biotecnológicas ou perspectivas científicas em torno da Genética, não havendo uma harmonização de ideias sobre a necessidade de intervenção penal neste âmbito.

De fato, uma corrente de doutrinadores defende a necessidade da prevenção, para se proteger bens jurídicos relevantes, que passam a ser ameaçados pela biotecnologia. MANTOVANI (1994, p. 93 *apud* FRANCO, 1996, p. 04-05) revela a necessidade de se incriminar, com antecipação, “os atos idôneos dirigidos à criação dos produtos de certas técnicas biomédicas, ou até mesmo as próprias atividades experimentais”.

Por outro lado, corrente diversa, respaldada no princípio da intervenção mínima³, sustenta a desnecessidade da intervenção penal para tutelar os bens jurídicos em questão, que podem ser protegidos por outras áreas do Direito⁴. Neste propósito, Alberto Silva Franco questiona se “a intromissão penal antecipada não se transformaria numa verdadeira camisa de força da própria atividade científica, produzindo um direito penal indiscriminado, simbólico e até mesmo um tanto terrorista”. (FRANCO, 1996, p. 04-05)

Na pior das hipóteses, diz-se que “um cientista em qualquer lugar no globo pode, secretamente, modificar o código genético do ser humano, o que teria o potencial de atingir toda a humanidade” (ALVES, 2008, p. 11), o que demandaria um tratamento jurídico-penal urgentíssimo⁵.

³ ROXIN (2008, p. 33 *apud* GODOY, 2010, p. 45) dispõe que em se tratando da tutela “dos embriões humanos, do meio ambiente, de animais, e mesmo das gerações futuras, o princípio de proteção de bens jurídicos não seria de nenhuma ajuda, embora entenda que tais situações devam ser abarcadas pelo direito penal contemporâneo”.

⁴ No entendimento de Figueiredo Dias (2001, p. 57 *apud* POETA, 2012, *oo.* 209) “não pode haver criminalização onde não se constate o propósito de tutela de um bem jurídico-penal; já a asserção inversa não se revela exata: qual seja, de que sempre que existe um bem jurídico digno de tutela penal aí deve haver a intervenção correspondente”.

⁵ Jüngem Habermas (2004, p. 97 *apud* IACOMINI, 2008 p. 22) estabelece uma reflexão bioética sobre os avanços genéticos sobre o ser humano, ao dizer que: “[...] o desenvolvimento da técnica genética, no que se refere à natureza humana, torna pouco nítida a distinção categorial e profundamente sedimentada do ponto de vista antropológico entre o subjetivo e o objetivo, entre o que cresceu naturalmente e o que foi fabricado. Por essa razão, para mim, junto com a instrumentalização da vida pré-pessoal está em jogo uma autocompreensão da ética da espécie, que determina se ainda podemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral”.

Para além do questionamento sobre a inclusão de novos tipos penais, em razão da proteção dos mais diversos bens jurídicos, observa-se que a Genética é defendida como uma das vias para se desvendar crimes aprioristicamente insolúveis. Trata-se de ferramenta de aperfeiçoamento da prova científica para questões penais complexas e como meio biotecnológico de identificação dos perfis de criminosos.

A alvíssara dos criminologistas do século XXI é que o “aumento do reconhecimento de fatores genéticos e neurobiológicos são igualmente importantes na modelagem do comportamento criminoso”. (CARVALHO, 2011, p. 70/71).

Há quem diga, dessa forma, que a Genética pode ser uma importante base para os estudos da Política Criminal pós-moderna. Exemplo disso é a larga discussão sobre os bancos de perfis genéticos e a utilização de testes de DNA para fins de instrução probatória⁶. Para BONACORSO (2002, p. 09 *apud* SABOIA) “a tecnologia da tipagem do DNA revolucionou as ciências forenses, tornando-se um marco divisório tanto para a Criminalística como para a Medicina Forense”, a medida em que são capazes de individualizar o sujeito.

Há juristas, todavia, que resistem a tais estudos, ao argumento de que poderiam implicar em neolombrosionismo ou estratificação social, a partir da genética. Tais pensadores se mantêm no propósito de que um possível perfil genético de um criminoso não pode ser dissociado de processos psicossociais e estímulos ambientais que possam resultar em um comportamento social integrado e positivo.

O que implica dizer que a molécula de DNA não é uma sentença determinista estática, pois “indubitavelmente o que existe, é interação da carga genética de forma subsidiária a um contexto social” (DAWKINS 2007, p. 73 *apud* MARÇOLA, 2005), que pode ou não ser favorável à consolidação do suposto perfil criminógeno, o que afasta a concepção lombrosiana de criminoso nato. É justo etiquetar seres humanos, como geneticamente condenados a um comportamento criminoso?

O autor da obra "Gene Egoísta", Richard Dawkins (2007, p. 73 *apud* MARÇOLA, 2005), alega que:

⁶ A doutrina categoriza a segurança incomum do exame de DNA em relação aos outros exames, com base na certeza científica descoberta por Heidelberger e comentada por Mora Sánchez (2001, p. 211 *apud* LEMOS JÚNIOR, 2005, p. 87): “Extraímos, pois, uma assertiva fundamental: uma determinada amostra genética é distinta para cada pessoa – com exceção dos irmãos gêmeos univitelinos (nascidos do mesmo óvulo -, como uma impressão digital genética e, desta sorte, se houver coincidência entre duas amostras de um mesmo tipo pode-se concluir que o respectivo material de ADN utilizado na investigação corresponde à mesma pessoa. Porque é totalmente impossível que duas pessoas tenham exatamente o mesmo código genético. As estatísticas construídas pela ciência genética revelam que a probabilidade de duas pessoas terem o mesmo código genético é uma entre 50 trilhões”. Essa estatística científica de identidade biológica constitui, pois, uma certeza jurídica muito positiva aos que trabalham diretamente com o inquérito policial, qual seja, aos peritos das instituições policiais, bem como ao Ministério Público, na condição de titular da ação penal pública ou mesmo quando na posição de fiscal da lei. Além das instituições, a sociedade como tudo e imediatamente, as vítimas dos crimes e seus familiares, voltam suas perspectivas para a possibilidade de uma identificação precisa do sujeito agente.

[...] não passamos de meras máquinas de sobrevivência dos nossos genes, e nos comportamos do modo que eles nos direcionam, pois os genes através de mecanismos bioquímicos conduzem nosso comportamento natural ou também denominado instintivo.

Na compreensão de CABETTE (2004, p. 54), a Criminologia Genética constitui um verdadeiro retrocesso jurídico-social⁷, pois “pode surgir como um instrumento direto de seleção e destruição dos excluídos, servindo a contento aos desígnios inconfessáveis do novo modelo”.

ROCHA e VARELLA (1997, p. 20) advertem que “não se pode olvidar que na segunda metade da década de trinta e início dos anos quarenta, Adolf Hitler conseguiu convencer milhões de pessoas da superioridade da raça ariana que, mais evoluída que as demais, deveria ser a etnia dominante em todo o mundo”.

LENZI e NODARI (2013, p. 174) defendem que “o estudo do homem criminoso não deve considerar apenas as características genéticas; é imprescindível verificar ainda o ambiente em que esteja inserido”, constatação que reforça a natureza plúrima da Criminologia.

A pressuposição puramente genômica do comportamento como *ratio* explicativa do crime, do criminosos, da vítima e da prevenção e repressão do delito nos remete à reflexão de BARBAS (2011, p. 637):

Se assim for, não subsistirá um direito ou mesmo uma obrigação de proceder a uma terapia gênica nas pessoas (inclusivamente, na fase embrionária) que apresentam a este nível alterações identificadas como características típicas de um criminoso?

Não está posta em causa a verdade cientificamente comprovada de que a carga genética representa forte influência nas sociopatias. O que se defende, ao ensejo, é que “as causas da conduta agressiva são influenciadas por comportamentos biológicos complexos” (ROCHA e VARELLA, 1997, p. 20) os quais, associados ao meio ambiente em que o sujeito de direito (integração com a comunidade e família, inserção em mercado de trabalho, prática de alguma religião, acesso ao lazer, acesso a tratamentos de saúde, inclusive mental e outros fatores) vive, podem ser um fator de estímulo ou de controle do transtorno psicossocial⁸.

⁷ CABETTE (2004, p. 56) defende que: “Bem pode encaixar-se aqui a concepção de uma Criminologia Genética seletiva e determinista, tendente a eliminar arbitrariamente caracteres presentes na constituição genética das pessoas, seja em sua geração ou posteriormente mediante intervenções forçadas a desconfigurarem suas personalidades. Isso sem falar no reforço que teses deterministas concedem às hipóteses anteriormente mencionadas da pena de morte e da redução da menoridade penal. Quem sabe até mesmo se cogite um dia a completa eliminação da questão da imputabilidade, já que mesmo em um feto poder-se-ia encontrar e abrir a caixa – preta onde se ocultam os segredos do futuro criminoso”.

⁸ Para ABRISQUETA ZARRABE (1999, p. 58 apud CARVALHO e CORAZZA, 2014, p. 23) isso significa que “a pessoa humana, como todo ser vivo, é resultado da ação convergente dos fatores genéticos e dos agentes ambientais, até o ponto em que os genes e o ambiente constituem um processo ontogenético único e irrepetível. Até mesmo no caso de gêmeos monozigóticos idênticos, porque alguns podem não sê-lo, seu desenvolvimento os situa em coordenadas espaço-temporais um tanto diferentes, de forma que cada

Tal perspectiva se afina com o artigo 3º da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, ao prever que o genoma "contém potencialidades que são expressas de maneira diferente segundo o ambiente natural e social de cada indivíduo, incluindo o estado de saúde do indivíduo, suas condições de vida, nutrição e educação".

Contextualiza-se, nesta hipótese, o conceito transcendente de patrimônio genético apresentado pela jurista portuguesa, Dra. Stela Barbas (2011, p. 13), para quem "o ser humano é um misto de carga genética e de sociabilidade".

4. Conclusões

A descoberta da molécula de DNA representou uma verdadeira revolução da Biotecnologia, sem precedentes na História da Humanidade.

Por fundadas razões e por meio de Declaração Universal, o genoma humano foi elevado à categoria de patrimônio universal da humanidade, com repercussão nas mais diversas áreas do Direito.

Os debates jurídico-penais acerca da Genética dividem opiniões no século XXI. Há criminologistas que defendem que os perfis genéticos são de importância ímpar na definição e no estudo da conduta delitiva. Por outro lado, há juristas que repudiam o império da Genética, ao argumento de que o crime é um processo altamente complexo e que o perfil genético do criminoso não é uma condição estanque, de forma que possa ser afastada de questões multifatoriais, como a cultura, o meio ambiente e os processos psicossociais. Isto significa dizer que, de fato, a predisposição genética não é um fator determinista para fins de Criminologia.

Lembra-se aqui o caso Elizabeth Tomas, menina britânica, que foi adotada em um abrigo, juntamente com outro irmão. O grau de psicopatia e transtorno psicossocial era de tal monta, que resultou no documentário "Child of Rage" (A ira de um anjo), até hoje laboratório para os estudiosos da Psicologia e Psiquiatria. "Após matar impiedosamente vários animais de estimação e tentar matar seus pais adotivos e irmãos, em 1989 Elizabeth foi internada em uma casa especializada em tratar crianças com desordem emocional". (SOUZA) A intervenção hospitalar, junto de outros estímulos socioculturais e familiares, promoveu uma resposta psicossocial muito positiva à indigitada predisposição de uma pessoa que reunia fatores comportamentais para continuar a praticar os instintos de psicopatia.

um dá lugar a um processo ontogenético distinto. Cada um deles é único e irrepetível. Os agentes ambientais podem ser fatores do ambiente interno, como também fatores externos. Os fatores ambientais não são apenas físicos, mas também culturais, e abarcam desde os agentes físico-químicos que incidem sobre as células, o entorno familiar e social, até o estímulo total que recebe o indivíduo desde o momento da concepção até a sua morte".

Em outras palavras, a Genética e a Biologia não podem ser fator de simples etiquetamento determinista. Ora, embora cientificamente irrefutável que a carga genética exerça influência nas sociopatias, o estudo do comportamento criminoso não pode se limitar somente à Genômica, visto que o crime é uma realidade que envolve aspectos biológicos e culturais extremamente complexos.

Os avanços da moderna Genômica são incesantes e se espalham em todas as áreas do saber humano. Não se rechaça, aqui a importância da Genética para a Criminologia, que é ciência de altíssima relevância e repercussão jurídico-social. Faz-se coro, todavia, aos estudiosos da ciência jurídica que proclamam que a Criminologia, enquanto ciência eminentemente interdisciplinar, não deve se apartar da Antropologia, da Psicologia, da Sociologia, da Bioética e da Política Criminal, quando do enfrentamento das questões genéticas.

5. Referências

Fontes documentais

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas - *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos*. Aprovada em 11 de novembro de 1997. [Em linha]. [Consult. 05, Abr. 2017]. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm.

_____. A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB. Ministério do Meio Ambiente – MMA. *Série Biodiversidade*, nº. 1. Brasília – DF: MMA, 2000. ISBN 978-85-7738-268-2.

Bibliografia

ALVES, Bianca da Silva - O bem jurídico-penal tutelado pelo crime de utilização ilegal de células-tronco embrionárias humanas (artigo 24 da Lei de Biossegurança). Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2008. 118p. Mestrado em Direito Privado.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Intervenções no Genoma Humano. Validade ético-jurídica. *Revista da Ordem dos Advogados de Portugal*. Ano 2003 Ano 63 - Vol. I / II - Abr. 2003. [Consult. 15, Set. 2016].

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – *Direito do Genoma Humano*. Coimbra: Almedina, 2011, ISBN 978-972-40-3250-4.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos - A criminologia no século XXI. *Revista Forense*. Volume 374, jul./ago. São Paulo: Editora Forense, 2004. ISBN 9770102841009, p. 53 – 78.

CARVALHO, Gisele Mendes; CORAZZA, Thaís Aline - A implantação de bancos de perfis criminais pela Lei 12.654/2012 e o limite da diversidade genética. *Revista de*

- Direito da UNISC - Santa Cruz do Sul*. nº. 44, [p.134-163]. SET-DEZ 2014, ISSN1982-9957.
- CARVALHO, Tiago Santos; SUECKER, Betina Heike Krauser – *A possível influência genética no perfil criminoso de psicopatas*. Novo Hamburgo: Feevale, 2011. ISBN 978-85.7717-135-4, p. 70/71.
- DINIZ, Maria Helena – *O estado atual do biodireito*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-18065-9.
- FERRO, Emer Suavinho – Biotecnologia translacional: hemopressina e outros peptídeos intracelulares. *Dossiê Biotecnologia*. Estudos Avançados Estud. av. vol.24 no.70 São Paulo, 2010. ISSN 0103-4014. [Consult 12, Set. 2016]. Acesso em <http://dx.doi.org/10.1590/S010340142010000300008>.
- FRANCO, Alberto Silva - *Genética e direito penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº. 45, p. 04-05, ago. 1996. [Em linha]. [Consult. 16, Jul. 2017]. Acesso em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1629-Genetica-e-direito-penal.
- GODOY, Regina Mara Bueno de – *A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, 116p. Mestrado em Direito das Relações Sociais, 2010.
- IACOMINI, Vanessa – *O material genético humano: uma perspectiva do biodireito entre os direitos humanos e a exploração econômica*. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 129p. Mestrado em Direito, 2008.
- LAVOR, Isabelle Lucena - *A importância do estudo da Criminologia*. *Canal Ciências Criminais*. Publicado em 20 Out. 2016. [Em linha]. [Consult. 24 Jul. 2017]. Acesso em <https://canalcienciascriminais.com.br/estudo-da-criminologia>.
- LEMOES JÚNIOR, Arthur Pinto– *A aplicação da perícia de análise do ADN no processo penal para fins de identificação criminal*. 83-103. *Revista Lex Medicinæ*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1646-0359. Revista Portuguesa de Direito da Saúde. Ano 2 – nº. 3 – Janeiro/Junho 2005.
- LENZI, Maria Mena Barreto; NODARI, Ricardo José - *Criminologia: um estudo sobre a Política Criminal Brasileira, aspectos destacados dos dados genéticos*. *Unoesc & Ciência - ACSA*. Joaçaba, v. 4, n. 2, p. 173-184, jul./dez. 2013.
- LIEDKE, Mônica Souza – *Proteção do Genoma Humano e Socioambientalismo: Aspectos Bioéticos e Jurídicos*. Caxias do Sul: 2009. Mestrado em Direito. 154p.
- MARÇOLA, Leandro Moura – *Positivismo biológico, genética e sanção penal: análise da teoria lombrosiana com base nas descobertas científicas do século XXI*. Publicado em 06/2005. *Revista Jusnavigangi*. [Em linha]. [Consult. 17, Out. 2016]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40055/positivismo-biologico-genetica-e-sancao-penal-analise-da-teoria-lombrosiana-com-base-nas-descobertas-cientificas-do-seculo-xxi>.

- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas – *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. ISBN 978-85-224-6028-1.
- MIRANDA, Cássio José Barbosa – *Banco de perfil genético: a ciência a serviço da persecução penal*. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Mestrado Profissional em Segurança Pública. 2014. 87f.
- ROCHA, Fernando Galvão; VARELLA, Marcelo Dias – Tutela penal do patrimônio Genético. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n.1, p.339-384, abril, 1997, ISSN 1809-8487.
- POETA, Débora – Subsidiariedade e necessidade de tutela penal: pontos de partida equivocados que merecem ser repensados. *ANAIIS da VI Mostra Científica do CESUCA*, v. 1, n. 6, p. 12 (2012), p. 209. [Em linha]. [Consult. 13, out. 2016]. Disponível em <http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/mostrac>.
- SABÓIA, Brenda Schio – *Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio do nemo tenetur se detegere*. [Em linha]. [Consult. 24, Abr. 2017]. Acesso em http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/brenda_saboia_2014_2.pdf.
- SOUZA, Alisson - *25 anos depois, veja como está a garota que queria matar toda a sua família*. [Consult. 13 Set. 2016]. Acesso em <http://www.motivacaododia.com/2015/11/25-anos-depois-veja-como-esta-garota.html>

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA COMO FUNDAMENTO E GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS PARA A DESBUROCRATIZAÇÃO DA ADOÇÃO NACIONAL

THE SOCIO-AFFECTIVE PATERNITY AS A FOUNDATION AND GUARANTEE OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS FOR THE DEBUROCRATIZATION OF NATIONAL ADOPTION

Ana Cristina Augusto Pinheiro¹

Universidade Estácio de Sá e Faculdade Gama e Souza

Helena do Passo Neves²

Universidade Estácio de Sá

Sumário: Introdução; 1. O direito da criança e do adolescente como prioridade e garantia fundamental; 2. Análise dos aspectos gerais da adoção; a) Requisitos para a adoção; 3. Conceitos legais de família natural, extensa ou ampliada e substituta; 4. A possibilidade do pedido de guarda provisória na ação de adoção; 5. Modalidades de adoção; a) Adoção consentida ou intuitu personae; b) Adoção bilateral; c) Adoção unilateral – Vínculo de Socioafetividade com Padrasto ou Madrasta; 6. Do Cadastro Nacional de Adoção; 7. Aspectos processuais da adoção; Considerações finais; Referências.

Introdução

A relação afetiva entre pais e filhos suplanta a questão biológica. O vínculo da parentalidade, quando permeado de amor, de afeto e de carinho, deve ser prestigiado em detrimento da consanguinidade, porque é esta relação que consolida a estrutura emocional do ser humano para crescer e amadurecer em plenitude de vida.

Desta forma, o direito fundamental ao afeto, implícito no princípio da dignidade da pessoa humana e na prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil, deve garantir a regulamentação da adoção desses indivíduos que estão em convivência familiar socioafetiva.

A proposta é de desburocratização do processo de adoção e de análise da possibilidade de facilitação no trâmite da ação para solidificar a família, já estruturada pelo vínculo afetivo. O vínculo jurídico da adoção deve ser facilitado porque a forma legal

¹ Advogada. Professora da Universidade Estácio de Sá e Faculdade Gama e Souza. Advogada. Orienta Iniciação científica na UNESA. Membro do IBDFAM. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Especialista em Direito Civil e Processo Civil. E-mail: krispinheiro@uol.com.br.

² Advogada, professora da Universidade Estácio de Sá, especialista em Direito e Processo Civil, mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro do IBDFAM. Doutoranda da Universidade do Minho. E-mail: helenapneves@hotmail.com

é a única que proporcionará a segurança para dar legitimidade para um ato tão significativo que é a adoção, através da interferência estatal, desde que respeitada as normas, os requisitos e a autonomia privada de cada um dos envolvidos.

A análise metodológica da pesquisa legislativa doutrinária e jurisprudencial remete à renovação e atualização do instituto da adoção e a celeridade na tramitação da ação, com vistas a tornar possível a facilitação da conversão da relação afetiva criada e formada entre os interessados na solidificação da família.

O artigo contempla ainda a abordagem do direito da criança e do adolescente como prioridade e garantia fundamental, com análise dos princípios constitucionais, dos aspectos gerais, do conceito, dos requisitos, das modalidades, dos entendimentos jurídicos e jurisprudenciais e do aspecto processual inerentes ao instituto.

O Estado, a sociedade civil e as autoridades competentes estão se empenhando na busca de ampliar as alternativas que permitam soluções práticas, cabíveis no sentido de dar uma resposta célere às famílias com vínculo socioafetivo, no sentido de desburocratizar e tornar mais efetiva a prestação jurisdicional que satisfaça aos interessados uma forma de serem amparadas.

Na presente pesquisa, busca-se enfrentar o problema, tomando como alicerce os princípios constitucionais que dão suporte à efetivação do direito fundamental ao afeto. O que se deseja é propiciar subsídios que garantam às crianças e adolescentes em situação de paternidade de fato, que se torne de direito e de justiça.

Cumprido ao Estado agilizar essas demandas tendo o afeto como fundamento, considerando, também a defesa dos direitos humanos e fundamentais como pontos basilares para garantir a democracia e a cidadania através da atualização e expansão desses direitos na sociedade.

1. O direito da criança e do adolescente como prioridade e garantia fundamental

O art. 227 da atual Constituição Federal Brasileira configura uma cláusula geral de proteção da criança e do adolescente e o prevê como prioridade, bem como os art. 1º e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90)³.

“Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

³ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 27/04/2017.

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”⁴(grifo nosso)

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
(...)

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

A contextualização do ECA com a CF prevê várias diretrizes adotadas pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁵, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710/90, dentre elas a doutrina do Melhor Interesse da Criança e da Proteção integral, previstas nos artigos 226 e 227 da Lei Maior, garantindo o pleno desenvolvimento físico e psíquico e atendendo às suas necessidades básicas e primordiais.

O melhor interesse da criança e do adolescente traz implícito o pressuposto de que a proteção dos filhos deve preponderar sobre quaisquer outras demandas e necessidades. Tal princípio encontra sustentação no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁶, reforçado no art. 3º do ECA e, implicitamente, nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. A expressão *melhores condições* constitui cláusula geral, janela aberta a ser preenchida pelo legislador e pelo hermenêuta, no exame do Direito, caso a caso.

A criança é produto do meio em que vive e toda criança dever ter um lar estruturado. A família é a principal célula da sociedade e conforme prevê o art. 226 da CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Como nos ensina Cleyson de Moraes Mello⁷, o amor é a fonte e o sentido das relações familiares inseridas na pós-modernidade. Ainda que não tipificados na Constituição Federal e no Código Civil, necessário reconhecer o princípio do afeto e do amor como elementos constituidores dos modelos familiares.

O valor jurídico do afeto encontra respaldo legal nos parágrafos 3º, 4º e 8º do art. 226 e parágrafo 5º e 6º do artigo 227, que fundamenta constitucionalmente a dignidade da família, com isonomia e autonomia da vontade, o convívio familiar, ao mesmo tempo

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27/04/2017

⁵ A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança – Carta Magna para as crianças de todo o mundo – em 20 de novembro de 1989, e, no ano seguinte, o documento foi oficializado como lei internacional. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acesso em 11/5/2017.

⁶ Prevê o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: famílias. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, pp. 2 e 94.

em que assegura o direito à vida, saúde, educação, liberdade, respeito e dignidade. Além disso, protege seus membros de qualquer discriminação, exploração, violência, crueldade ou negligência, principalmente no que diz respeito ao direito recíproco de convivência entre pais e filhos.

A efetividade advém do macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) que constitui cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade.

Alargando a abrangência da análise, constata-se que o afeto encontra suporte legal em diversos dispositivos, como aqueles que se referem: ao melhor interesse da criança e adolescente (art. 227, Constituição da República), à solidariedade (Art. 3º, I, Constituição da República), à paternidade responsável (art. 227, §7º, Constituição da República), à responsabilidade (ECA), convivência familiar, a felicidade e a fraternidade, todos no intuito de resguardar direitos de vulneráveis.

Avançando na reflexão sobre o tema, Eligio Resta⁸ propõe a abordagem do Direito Fraterno, discutida na Europa (em especial na Itália). Essa perspectiva assenta-se no valor da amizade, na necessidade de convívio fraterno, impregnado de um mínimo de humanidade nas relações interpessoais, buscando a construção de um Direito mais justo. O Direito Fraterno resgata a solidariedade como requisito à humanização das relações interpessoais.

Erich Fromm explica e reforça a importância do amor fraterno⁹:

O tipo mais fundamental de amor, subjacente a todos os demais tipos, é o amor fraterno. Entendo por isso o sentido de responsabilidade, cuidado, respeito, conhecimento de qualquer outro ser humano, o desejo de melhorar sua vida. (...) O amor fraterno é o amor por todos os seres humanos; ele é caracterizado por sua falta de exclusividade. (...) O amor fraterno é amor entre iguais. Mas, na verdade, mesmo como iguais nem sempre somos “iguais”: sendo humanos, todos precisamos de ajuda. Hoje eu, amanhã você. Mas essa necessidade de ajuda não significa que um é desamparado e o outro, poderoso.

É oportuno recordar que Fromm¹⁰ conclui que o amor ao outro tem como requisito o auto-reconhecimento:

Se você ama a si mesmo, você ama todos os outros tanto quanto a si mesmo. Se ama outra pessoa menos do que se ama, na verdade não conseguirá amar a si mesmo; mas se amar a todos, inclusive você, igualmente, então amará todos eles como se fossem uma só pessoa, e essa pessoa é ao mesmo tempo Deus e

⁸ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 132 a 136.

⁹ FROMM, Erich. **A Arte de Amar**. Tradução: Eduardo Brandão. 2000. Martins Fontes: São Paulo – p. 58-59.

¹⁰ FROMM, Op. Cit., p. 78-79.

homem. É assim uma grande e virtuosa pessoa que, amando-se, ama igualmente a todos.

Considera-se criança a pessoa de até doze anos incompletos e adolescente a pessoa entre 12 e dezoito anos de idade, consoante o art. 2º do ECA.

Nos termos do artigo 6º do ECA, a interpretação da lei deve ser feita de acordo com os fins sociais aos quais a lei se destina, as exigências do bem comum, aos direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É dever do Estado promover, com absoluta prioridade a proteção das crianças e adolescentes. Fundamentada na Dignidade da Pessoa, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito, assim também reconhecidos pelo art. 1º do ECA, garantindo a prioridade no atendimento de seus direitos, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento, assim estabelecendo a Doutrina da Proteção Integral e o princípio do melhor interesse da criança, conduzindo sua interpretação ao que mais atende o bem-estar da criança ou adolescente. Acompanhando esta evolução, o instituto da adoção também foi completamente reformulado no Brasil.

O princípio da paternidade responsável (art. 226, §7º da CF) e do Livre Planejamento Familiar (art. 227, §§ 3º, 4º, 6º, CF) – conferem responsabilidade aos genitores na condução do desenvolvimento de seus filhos, não podendo sofrer intervenção direta do Estado, apenas para garantir e efetivar os direitos assegurados e protegidos por lei.

O §6º do art. 227 da CF, assim como o art. 1596 do Código Civil proíbem qualquer forma de discriminação ou tratamento diferenciado entre os filhos, sejam eles decorrentes do casamento, de relações extramatrimoniais ou adoção. Pode-se, a partir de então, afirmar que a filiação é jurídica, possuindo como espécies: a filiação biológica, a filiação civil e a filiação socioafetiva.

2. Análise dos aspectos gerais da adoção

A vida é o direito fundamental por excelência e o direito à família deve ser uma extensão a esse direito, porque é na família que se constrói a base da vida, o fundamento, os valores morais e éticos para moldar o caráter e a conduta de uma pessoa na sociedade.

Maria Berenice Dias afirma que: “depois do direito à vida, talvez nada seja mais importante do que o direito à família, lugar idealizado onde é possível, a cada um, integrar sentimentos, esperanças e valores para a realização do projeto pessoal de felicidade”.¹¹

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 476.

A adoção é um ato de amor, de afeto, de acolhimento, de cuidado, de escolha, de sentimento que surge inexplicavelmente entre crianças e adultos com uma vinculação forte e estreita, independentemente de laços sanguíneos.

Triste e lamentável é ser órfão de pais vivos. Rodrigo da Cunha Pereira em uma de suas brilhantes obras afirma que “um pai, mesmo biológico, se não adotar seu filho, jamais será o pai. Por isso podemos dizer que a verdadeira paternidade é adotiva e está ligada à função, escolha, enfim, ao desejo”.¹²

Na concepção de Lôbo¹³, “a filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem. Nesse sentido, o filho biológico é também adotado pelos pais, no cotidiano de suas vidas.”

A adoção é um ato jurídico voluntário (depende da capacidade volitiva, consensual) formal (depende de forma prescrita em lei), solene (intervenção do Estado através da prestação jurisdicional) e irrevogável, assim como o é o reconhecimento de paternidade (art. 39, §1º da Lei 8069/90 e art. 1609 do Código Civil).

Caio Mário da Silva Pereira a conceitua como “um ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim”.¹⁴

Na concepção de Maria Berenice Dias, a “adoção decorre de um parentesco eletivo, pois decorre exclusivamente de um ato de vontade”, de forma que a “verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado”.¹⁵

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho o referido instituto é um “ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica”.¹⁶

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.580.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil: Famílias. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 280.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Direito de Família atual. Por Tânia da Silva Pereira. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V, p.447.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 483.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6, p. 666-667.

a) Requisitos para a adoção

A lei 12010/09 fez várias alterações no ECA no que tange à adoção. Entre estas alterações, podemos identificar os requisitos para a adoção, que de acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, são:

- “1- idade mínima de 18 anos do adotante (comentada no art. 42, *caput*);
- 2- diferença de idade de, no mínimo, dezesseis anos entre o adotante e o adotado (também comentada no art. 42, §3º);
- 3- consentimento dos pais ou representantes legais de quem se deseja adotar;
- 4- concordância do adotado quando tiver idade igual ou superior a 12 anos, consoante preconiza o art. 28, §2º;
- 5- processo judicial (art. 47, *caput*); e efetivo benefício para o adotando, fundado no Princípio do Superior ou Melhor Interesse para a Criança ou Adolescente (art. 43).”

Qualquer pessoa, desde que maior de dezoito anos, no pleno exercício de sua capacidade física e mental, poderá adotar. Quanto ao estado civil, podem adotar as pessoas solteiras sozinhas, ou conjuntamente se viverem em união estável, comprovada a estabilidade familiar. Podem adotar as pessoas casadas conjuntamente. Podem ainda adotar as pessoas divorciadas e judicialmente separadas, desde que já iniciada a convivência com o adotando e que acordem sobre a guarda e o regime de visitação.

Importante verificar a existência do motivo legítimo para a adoção, principalmente, o “desejo de filiação, ou seja, a vontade de ter a pessoa em desenvolvimento como filha”.¹⁸

Cabe também verificar reais vantagens para a pessoa que se quer adotar, requisito este que “traduz-se na possibilidade efetiva de convivência familiar e estabelecimento de vínculo adequado à formação e ao desenvolvimento da personalidade do adotando”¹⁹

3. Conceitos legais de família natural, extensa ou ampliada e substituta

Em perspectiva histórica, as relações familiares evoluíram significativamente, acompanhando a trajetória da sociedade, em suas múltiplas dimensões, o que se reflete dialeticamente no Direito, a começar pelos comandos constitucionais, com reflexos em sede infraconstitucional e na hermenêutica jurídica.

Nessa ordem de pensamento, vale notar que as concepções familiares acompanham a evolução da sociedade. Fenômenos peculiares da vida contemporânea, como a globalização, que favorece a transposição de fronteiras, não só com efeitos nas

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.95.

¹⁸ ROSSATO, Luciano Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

¹⁹ Ibidem. p. 57.

comunicações, na economia, mas também no campo axiológico, os avanços da tecnologia e da ciência, o multiculturalismo, fortaleceram a emergência de novos valores, acompanhada do enfraquecimento da influência religiosa nas relações familiares e, principalmente, o reforço aos direitos humanos fundamentais trouxeram a lume profundas transformações no conceito de família.

Frei Betto mostra interessante avanço quanto à extensão do conceito de família:

A família é toda relação amorosa entre pessoas que decidem fazer de sua união um projeto de vida e um projeto que inclui a geração e/ou formação de novas vidas. A família é a base nuclear da sociedade e tem direito a uma complexa e segura rede de proteção social.²⁰

Quando aborda a evolução do conceito de família, Negreiros²¹ expõe elucidativo resumo:

O casamento é considerado indissolúvel, monogâmico e ligado à reprodução. Abriga duas ordens de responsabilidades morais. A masculina é fundada na relação com o trabalho e na virilidade - manutenção econômica da família e atitude protetora para com os seus membros. A feminina está calcada na preservação da sexualidade e no exercício da maternidade - virgindade pré-nupcial, fidelidade conjugal e dedicação ao lar e filhos. (...) O “modelo novo” é marcado pelo fenômeno do individualismo, peculiar dos grandes centros urbanos brasileiros e absorvido principalmente pelos segmentos médios, onde o processo de modernização se expandiu intensa e rapidamente. (...) No “modelo novo” de família, as fronteiras de identidades entre os dois sexos são fluidas e permeáveis, com possibilidades plurais de representação: mulher oficial de forças armadas, homem dono-de-casa, mãe e pai solteiros, mulher chefe de família, casais homossexuais masculinos ou femininos, parceiros masculinos mais jovens, casal sem filhos por opção, produção independente, bebê de proveta e demais possibilidades que a evolução científica permite ou está em vias de possibilitar, tal como a discutida clonagem humana. (...) A sexualidade dos parceiros é desvinculada da reprodução ou de uma resposta feminina ao desejo masculino. No interior da relação é esperado que o homem seja, ao menos, um coadjuvante na criação dos filhos e nas lidas domésticas, e que a mulher exerça, no mínimo, um papel auxiliar quanto à economia da família.

Por sua vez, Maria Berenice Dias faz o seguinte diagnóstico:

Não existe uma família. Existem várias. Não é mais aquele modelo que víamos nos cadernos escolares. O pai com o jornal, a mãe com a panela, o filho com a bola e a menina com a boneca. O homem com o jornal, mostrava que tinha de ser mais culto que a mulher; a mãe com a panela, lhe destinava o papel de doméstica; a menina com a boneca já estava sendo adestrada para a

²⁰ IBDFAM. Boletim IBDFAM n° 78 – ano 13 – janeiro/fevereiro 2013, p. 5.

²¹ NEGREIROS, **Teresa** Creusa de Góes Monteiro e Terezinha Féres-Carneiro. Masculino e feminino na família contemporânea. In: **ESTUDOS E PESQUISAS EM PSICOLOGIA**, UERJ, RJ, ANO 4 N. 1, 1º SEMESTRE 2004, p. 39.

maternidade; e o menino com a bola indicava que tinha de ser forte e viril e brincar do lado de fora da casa. Fechando os olhos, nós todos enxergamos este modelo de família.²²

É ainda muito esclarecedora a análise da doutrinadora supramencionada, expressa nos seguintes termos:

Soa no mínimo estranho ter sido instituído o dia 21 de outubro como Dia Nacional de Valorização da Família. Claramente mais uma das tantas tentativas de formatar os vínculos afetivos dentro de um único modelo conservador: matrimonializado, patriarcal, patrimonial, indissolúvel, hierarquizada e heterossexual(...) As uniões paralela são outro exemplo. Batizadas mais recentemente como nome de poliamor ou uniões poliafetivas, continuam alijadas do sistema legal, na vã tentativa de fazê-las desaparecer. Mas condenar à invisibilidade, negar efeitos jurídicos, acaba por cancelar o enriquecimento injustificado do homem quem mantém duplo relacionamento (...) Na realidade dos dias de hoje é indispensável ter uma visão plural das estruturas vivenciais, inserindo no conceito de entidade familiar todos os vínculos afetivos que, por imperativo de ordem ética devem gerar direitos e impor obrigações. Não é mais possível viver em um mundo que exclua pessoas do direito à felicidade. Afinal, esta é a finalidade da sociedade e a razão de ser do estado. Por mais piegas que possa parecer, é só isso que todos queremos: o direito de ser feliz.²³

Nessa linha de análise, cumpre sublinhar que o rol estabelecido pelo artigo 226 do Código Civil não é taxativo; portanto, abre espaço à proteção a diversas formas de entidades familiares. A Carta Magna dá suporte à família matrimonial, informal, decorrente da união estável e monoparental. Por seu turno, a doutrina e jurisprudência reconhecem a família homoafetiva, recomposta, socioafetiva, anaparental e paralela como espécies do gênero.

A família é a base da sociedade e pode ser formada por algumas maneiras, assim conceituadas e delimitadas pela Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), conforme a seguir:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

²² DIAS, Maria Berenice – Entrevista In: Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), acesso em 5 de julho de 2017.

²³ DIAS, Maria Berenice. Que família? In: <http://ibdfam.org.br/artigos/921/+Que+fam%C3%ADlia%3F>, acesso em 27 de julho de 2017.

4. A possibilidade do pedido de guarda provisória na ação de adoção

Dispõe o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#), no § 1º de seu Art. 33, que a guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminarmente nos pedidos de adoção:

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.”

A tutela pretendida deve ter o escopo de regularizar a situação fática da criança no caso de já se encontrar sob a guarda de fato dos adotantes há um tempo considerável, de acordo com documentos comprobatórios pertinente ao alegado como fotografias, comprovantes de vacinação, documentação de escolaridade, atestados médicos, entre outros.

Ademais, a falta do reconhecimento jurídico à realidade fática da criança/adolescente pode causar sérios embaraços no cotidiano da criança, uma vez que, ausente o poder familiar ou mesmo a responsabilidade pela sua guarda, os adotantes podem encontrar alguns entraves relativos às suas atividades acadêmicas, contratação de plano médico, obtenção de documentos, viagens, entre outros.

Cumprе mencionar que o deferimento da concessão da guarda provisória na Ação de Adoção acarreta a expedição de Termo de Responsabilidade em favor dos Requerentes, de acordo com o parágrafo único do art. 156 do ECA.

5. Modalidades de adoção

As modalidades de adoção são: a tradicional, a consentida ou *intuitu personae* (quando o adotando não passa pela fila de adoção, pois os pais biológicos indicam os futuros pais adotivos), bilateral (efetivada pelo casal que possui vínculo de casamento ou união estável), a unilateral (quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro) e a póstuma (quando o adotante morre no curso do processo, já tendo iniciado a convivência com o adotando e já tendo manifestado a inequívoca vontade de adotar.

Serão analisadas a adoção consentida ou *intuitu personae*, a adoção bilateral ou unilateral, considerando o objeto do artigo.

a) Adoção consentida ou *intuitu personae*

Para o deferimento de pedido de adoção de menor cuja parentalidade biológica seja conhecida, a lei exige o expresse consentimento destes, conforme se depreende do Art. 45 do ECA:

“Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.”

Conforme afirma Carvalho, “O consentimento é requisito essencial, pois a adoção importará extinção do vínculo biológico, devendo ser expressado de forma inequívoca perante o juiz e somente será válido após o nascimento da criança (art. 166. §§ 4º e 6º, ECA), não podendo ser admitido presumidamente, como equivocadamente defendem alguns, com mera citação dos pais biológicos. Não se admite, da mesma forma, seja suprimido judicialmente. Dispensa-se o consentimento dos pais apenas se foram desconhecidos ou destituídos do poder familiar.”²⁴

Sobre o assunto, Ribeiro²⁵ aduz que: “O devido processo legal será exaustivamente fiscalizado nos processos de adoção, cabendo ao representante do Ministério Público acompanhar toda a tramitação judicial, opinando e assegurando a liberdade de manifestação do titular do poder familiar. Somente após o convencimento da impossibilidade de a criança permanecer nessa família original, seja natural ou extensa, é que prosseguirá o feito”.

O titular do poder familiar pode entregar o filho em adoção para determinada pessoa ou consentir na adoção em casos em que a criança/adolescente já esteja sob a guarda fática dos adotantes manifestando expressamente sua vontade perante autoridade judiciária.

Neste caso, quando há concordância dos pais biológicos no encaminhamento do filho aos pais adotivos, em família substituta, não há destituição do poder familiar (que configura uma sanção), mas a simples extinção do poder familiar.

Importante que as pessoas tenham ciência desta possibilidade de adoção para que entreguem e compareçam à Vara da Infância e da Juventude competente para regularizar a situação da criança, evitando irregularidades tanto em relação à guarda de fato, como também em relação à denominada adoção “à brasileira”²⁶.

A propósito, adoção “à brasileira” não deve ser confundida com adoção consentida. Nesta, há a entrega do filho pela mãe biológica à pessoa de sua confiança e o consentimento na adoção, sendo dispensado, neste caso, a inscrição dos adotantes no cadastro nacional de adoção.

De acordo com a jurisprudência do STJ, é desnecessária a prévia ação para destituição do poder paterno.

²⁴ CARVALHO, Dimas Messias. ADOÇÃO E GUARDA. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 145.

²⁵ RIBEIRO. Paulo Hermano Soares. NOVA LEI DA ADOÇÃO COMENTADA. Leme: Mizuno, 2009, p. 86.

²⁶ Adoção à brasileira ocorre quando uma pessoa registra como seu, filho de outrem, com declarações falsas de ter gerado a criança e pelo simples comparecimento em cartório com duas testemunhas afirmando que a criança nasceu em casa.

“A criança é o objeto de proteção legal primário em processo de adoção, sendo necessária a manutenção do núcleo familiar em que se encontra inserido o menor, também detentor de direitos, haja vista a convivência por período significativo”, afirmou Salomão, citando precedentes do STJ²⁷. Para ele, a adoção do menor, que desde tenra idade tem salutar relação de afeto com o adotante, privilegia o seu interesse.

Ressalte-se que além do consentimento dos pais ou representantes legais, nos casos em que o menor adotando contar com 12 (doze) anos de idade completos deve expressar seu livre consentimento com a pretensão requerida.

“Art. 45. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.”

b) Adoção bilateral

O núcleo familiar sólido dos adotantes, decorrente do enlace matrimonial ou união estável que perdura por alguns anos, inclusive quando desta união tenha resultado nascimento de filhos naturais de ambos fortifica o direito pretendido, provando estrutura familiar robusta e a saudável convivência familiar, é indispensável à transmissão dos valores e princípios pela família.

Rolf Madaleno²⁸ instrui que a estabilidade da relação de conjugabilidade, seja pelo casamento ou pela união estável, supera o aspecto temporal, devendo-se analisar através de estudo psicossocial a estabilidade emocional e os motivos pelos quais o casal adotante deseja o vínculo da adoção.

²⁷ Informativo de Jurisprudência 508 do STJ. DIREITO CIVIL. ADOÇÃO. CADASTRO DE ADOTANTES. ORDEM DE PREFERÊNCIA. OBSERVÂNCIA. EXCEÇÃO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. A observância, em processo de adoção, da ordem de preferência do cadastro de adotantes deverá ser excepcionada em prol do casal que, embora habilitado em data posterior à de outros adotantes, tenha exercido a guarda da criança pela maior parte da sua existência, ainda que a referida guarda tenha sido interrompida e posteriormente retomada pelo mesmo casal. O cadastro de adotantes preconizado pelo ECA visa à observância do interesse do menor, concedendo vantagens ao procedimento legal da adoção, uma comissão técnica multidisciplinar avalia previamente os pretensos adotantes, o que minimiza consideravelmente a possibilidade de eventual tráfico de crianças ou mesmo a adoção por intermédio de influências escusas, bem como propicia a igualdade de condições àqueles que pretendem adotar. Entretanto, sabe-se que não é absoluta a observância da ordem de preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor, evidente, por exemplo, diante da existência de vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção. Além disso, recorde-se que o art. 197-E, § 1º, do ECA afirma expressamente que a ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 daquela lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando. Precedentes citados: REsp 1.172.067-MG, DJe 14/4/2010, e REsp 837.324-RS, DJ 31/10/2007. REsp 1.347.228-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 6/11/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270508%27>, p. 20. Acesso em 14/03/2017.

²⁸ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 641.

O motivo deve ser altruísta, por amor, por afeto a ser dedicado à criança, jamais para superar um trauma pela perda de um filho ou pela infertilidade genética ou impossibilidade de gerar filhos.

c) Adoção unilateral – Vínculo de Socioafetividade com Padrasto ou Madrasta

O núcleo familiar é muito importante para o desenvolvimento psíquico, físico e moral de uma criança, tendo como base o amor, o afeto, o cuidado e a segurança para se criar uma estrutura sólida para a vida em sociedade.

A Lei da Adoção apresenta a figura da família extensa ou ampliada, formada por familiares ou outras pessoas importantes e imprescindíveis para a estruturação psicológica e moral da criança, baseada na afinidade e na afetividade.

Na sociedade atual é muito comum a formação de famílias recompostas, decorrentes de dissolução do casamento ou união estável anterior. Assim, outros vínculos vão se formando entre as pessoas que possuem filhos de outros relacionamentos, constituindo relacionamentos de amizade, parceria, carinho, responsabilidade entre padrasto/madrasta e enteados, possibilitando, assim, a adoção unilateral da criança ou adolescente, com ou sem a destituição do poder familiar do pai/mãe biológico.

Nesta espécie de adoção o vínculo da filiação com um dos genitores é mantido, surgindo o vínculo de parentesco civil pela socioafetividade com o(a) companheiro(a) ou cônjuge deste genitor, que não perde o poder familiar, passando a exercê-lo conjuntamente com seu par. Neste tipo de adoção não se exige prévio cadastro de habilitação para adoção, considerando que já há uma convivência prévia com a criança.

No art. 41, §1º, a lei abre exceção para a adoção unilateral, na hipótese de um dos cônjuges ou companheiros adotar o filho do outro, “o filho permanece tal em relação ao genitor biológico e aos respectivos parentes, combinando-se com o parentesco que se estabelece com o cônjuge ou companheiro que o adotou e seus respectivos parentes”²⁹.

A respeito da socioafetividade, Maria Berenice Dias afirma que “A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (função). (...) É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho expõe o foro mínimo da filiação,

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 288.

apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e/ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos...”³⁰

Ressalte que, a despeito da adoção unilateral, o art. 57, § 8º da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73) autoriza a inclusão de nome de padrasto ou madrasta por enteado na certidão de nascimento.

Art. 57. “A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei”.

“§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.”

6. Do Cadastro Nacional de Adoção

Criado em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) é uma ferramenta digital que funciona junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para auxiliar os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução e efetivação dos procedimentos dos processos de adoção em todo o país ³¹.

De acordo com dados atuais publicados no site do CNJ³², o número total de pretendentes cadastrados é de 39.376 (trinta e nove mil, trezentos e setenta e seis) pessoas interessadas e habilitadas à adoção e o número total de crianças/adolescentes cadastradas é de 7.434 (sete mil quatrocentos e trinta e quatro) cadastradas aguardando a finalização do burocrático e moroso processo de adoção.

Esses dados sugerem indícios da não efetividade plena das medidas e ferramentas, necessitando de reestrutura e reformulação do sistema para reduzir a burocracia e a morosidade das ações de Adoção no Brasil.³³

³⁰ DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 405/406.

³¹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em 22/04/2017.

³² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 22/04/2017.

³³ Durante a abertura do Fórum Nacional da Infância e Juventude (FONINJ), realizado por iniciativa da presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Carmen Lúcia, no dia 06/04/2017 em Brasília, o corregedor nacional de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, afirmou que “O papel do Cadastro Nacional de Adoção não é apenas estatístico, mas é um instrumento de gestão para que aquele adolescente que não está encontrando uma família que possa ampará-lo em sua cidade possa encontrá-la em outra”, considerando que a situação do menor no país está se agravando e os planos de ação devem ser urgentes para minorar o sofrimento de tantas crianças e adolescentes do país. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84603>. Acesso em 22/04/2017.

Para que haja o deferimento da inclusão no Cadastro Nacional de Adotantes, deve haver o prévio deferimento da habilitação para adoção em que irá ser verificada e atestada a idoneidade dos requerentes, circunstância obrigatória na ação de habilitação.

Entretanto, caso o(s) requerente(s) não sejam cadastrados, ou não tenham ajuizado a ação de habilitação à adoção, necessária a juntada de certidões relativas a inexistência de condenações criminais ou civis da parte requerente.

De acordo com entendimento da 3ª Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti, “A observância do cadastro de adotantes, não é absoluta. A regra legal deve ser excepcionada em prol do princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção ao menor. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro”³⁴

Ademais, a adoção é um instituto jurídico humanitário, destinado ao melhor interesse da criança, cuide-se entender por definitivo que, em razão de sua natureza jurídica, não deve ser ela pautada em modelos fechados.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) tem contribuído consideravelmente para o aperfeiçoamento do Anteprojeto da Reforma da Adoção³⁵, sugerindo ajustes necessários, tais como simplificação e redução dos prazos processuais e a suspensão do poder familiar, que deve ser feita tão logo constatada a impossibilidade de permanência no núcleo familiar originário.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “a referida norma pode ser afastada, por decisão judicial, casuisticamente, na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente e de sua proteção integral, em especial quando o pedido de adoção é antecedido de período razoável de convivência afetiva”.³⁶

O melhor interesse da criança ou adolescente deve ser sopesado pelo juiz, como intérprete da lei, com a decisão mais justa de acordo com cada caso concreto que for levado à sua apreciação, mitigando o aspecto formal em prevalência do aspecto material.

7. Aspectos processuais da adoção

As normas procedimentais para a concretização jurídica da adoção, desde a prolação da sentença até a sua inscrição no registro civil mediante mandato judicial, está prevista no Art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê que: “O vínculo

³⁴ STJ - 3ª Turma, HC 294729, SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 07.08.2014.

³⁵ Minuta do Anteprojeto de Lei. Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/adocao/texto-em-debate/minuta-do-anteprojeto-de-lei/> (acesso em 22/04/2017).

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 1064.

da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

Desta forma, os dados para o novo assento de nascimento a ser lavrado no Cartório de Registro Civil do Município de sua residência devem ser informados na ação como: **Nome, Data de Nascimento, Local, Filiação, Avós Paternos e Avós Maternos.**

Na Ação de Adoção é necessário um procedimento judicial próprio para que haja a consolidação do ato, sendo possível e viável a cumulação dos pedidos, considerando que a adoção deve ser precedida de destituição ou extinção do poder familiar, assim nomeada: **AÇÃO DE DESTITUIÇÃO (ou EXTINÇÃO) DE PODER FAMILIAR E ADOÇÃO.**

Os pais biológicos devem ser citados para contestação facultativa do pedido, serem ouvidos para oportunizar a resolução da questão de forma sumária, através de uma possível renúncia ao poder familiar, evitando a litigância com produção de provas, evitando, assim o julgamento do pedido, mas tão somente a sua homologação.

A competência da Ação é da Vara da Infância e Juventude. A autuação é no próprio Cartório, não havendo protocolo na Distribuição. Há isenção do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do artigo 141, § 2º, da Lei 8.069/90, e os atos são desenvolvidos sob sigilo de justiça.

O objetivo da Lei da Adoção, tendo como base o princípio constitucional da proteção integral do direito da criança e do adolescente, especificamente a garantia do direito à convivência familiar. A presença do advogado deve ser indispensável para um acompanhamento processual próximo que garanta a efetividade dos direitos que se pretende.

Assim, deve ser requerido em Juízo, em atenção ao princípio constitucional previsto no artigo 227 da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, visando o melhor interesse e o bem da criança ou adolescente:

- a) a concessão da guarda provisória da menor até o trânsito em julgado da sentença que deferir a adoção postulada, de modo a regularizar de imediato a posse de fato do menor;
- b) a manifestação do representante do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, conforme art. 129, IX da Constituição Federal, art. 201, III do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 178, II do Código de Processo Civil;
- c) a realização de estudo social e psicológico da criança/adolescente por profissionais que compõem o Juízo da Vara da Infância e da Juventude;
- d) a designação de Audiência de Conciliação, Mediação e Instrução e Julgamento para o depoimento pessoal dos Requerentes, da genitora da criança, da própria criança e, se necessário for, a oitiva das testemunhas arroladas pelos requerentes;
- e) a procedência da ação, para conceder ao(s) Requerente(s) a ADOÇÃO da criança/adolescente, com a consequente extinção (ou destituição) do

- poder familiar de sua mãe biológica, de modo a regularizar a guarda de fato através de sentença declaratória constitutiva de filiação;
- f) a expedição de mandado judicial com todas as prerrogativas legais previstas pela Lei 8.069/90, ao Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais do em que a criança/adolescente foi registrada, para as averbações necessárias, determinando o cancelamento da inscrição no registro civil.
 - g) a expedição de mandado judicial, ao Cartório do Registro Civil do município de residência dos adotantes para que o novo registro seja lavrado constando o nome e a filiação dos adotantes com os elementos acima citados, conforme os ditames do Art. 47 da Lei nº 8.069/90, mantido o prenome da criança/adolescente, com alteração do sobrenome dos pais adotivos.

Considerações finais

Como sabido, a família desempenha papel significativo na formação moral e do caráter de crianças e adolescentes, ao mesmo tempo em que os prepara para as responsabilidades futuras.

No que concerne ao Direito Fundamental ao afeto no contexto das famílias, levando em conta a característica multiparentalidade do tempo presente, é óbvia a obsolescência da tradição que vincula o filho a apenas um pai e uma mãe, apoiada em laços biológicos. Como cediço, embora esse esquema de valores persista arraigado ao imaginário de segmentos sociais mais conservadores, vislumbra-se a tendência a que o mesmo ceda espaço ao reconhecimento de múltiplas possibilidades de laços filiais, admitindo-se com naturalidade a perspectiva da paternidade/maternidade socioafetiva, com fundamento no Afeto.

O Estado democrático de Direito tem como objetivo principal e essencial a garantia da dignidade da pessoa humana, sendo o Estatuto da Criança e do Adolescente um dos meios necessários para o efetivo cumprimento desses direitos, promovendo o direito à convivência familiar, por meio da Adoção socioafetiva, que, em regra, é a base para a garantia de todos os demais direitos fundamentais no contexto de uma família sólida e responsável e que possui como valor a importância do afeto e da responsabilidade no cuidado, indispensáveis ao desenvolvimento do ser humano em construção.

A Adoção tem como base o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, especificamente a garantia do direito à convivência familiar e a afetividade, assim como a essencial garantia da dignidade da pessoa humana.

A interpretação da lei deve ser extensiva, em atendimento aos fins sociais, aos anseios e particularidades do caso concreto, mormente em relação à adoção da criança por parte daqueles que lhe dão afeto, carinho, amor e cuidado, em contraposição à preferência da adoção pela família extensa (daqueles com quem possui vínculo

biológico), com o escopo de consagrar o princípio constitucional do melhor interesse e garantir que a “prioridade absoluta” dos direitos da criança e do adolescente, assegurada no artigo 227 da Constituição Federal, seja efetivada e se torne realidade. Que prevaleça a paternidade socioafetiva, geradora da filiação de fato, que pretende ser, igualmente, de direito.

Necessária uma visão periférica da questão, por todos os operadores do Direito, sejam magistrados, membros do Ministério Público, advogados, relativizando a aplicação literal da lei, socializando e humanizando o Direito, através da análise da situação fática do caso concreto para que a finalidade do Direito seja alcançada, qual seja, a verdadeira Justiça. Justiça, esta, baseada na Manifestação livre e consciente da Vontade, no Afeto, no Amor e na Verdade.

A motivação da Adoção é a afetividade, o Amor, a compatibilidade pelo encontro de almas. O ser humano é animal, corpo, mas também, primordialmente, alma, espírito e intelecto. Mais importante que o vínculo genético e biológico é o “DNA da alma”.³⁷

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira³⁸, somente os pais adotivos podem repetir aos seus filhos o que Cristo disse aos seus apóstolos: “Não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu quem vos escolhi a vós”.

Referências:

BITTENCOURT. Sávio. *Manual do pai adotivo*. Rio de Janeiro: 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 abr. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias. *Adoção e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Corregedoria Nacional de Justiça. Corregedor: *Teremos um Cadastro Nacional de Adoção de que a Justiça precisa*.

³⁷ BITTENCOURT. Sávio. MANUAL DO PAI ADOTIVO. Rio de Janeiro: 2008, p.25.

³⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Artigo publicado no site do IBDFAM intitulado: Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes. Data de publicação: 19/12/2016. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1183/Sistema+de+ado%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil+%C3%A9+cruel+com+as+crian%C3%A7as+e+os+adolescentes>. Acesso em 21/04/2017.

- Brasília, DF, 07 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84603>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Cadastro Nacional de Adoção (CNA)*. Brasília, DF, maio 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- _____. *Cadastro Nacional de Adoção (CNA)*. Relatórios estatísticos. Brasília, DF, maio 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- DIAS, Maria Berenice. *Filhos do afeto*. Questões jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Entrevista In: Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), acesso em 5 de julho de 2017
- _____. Que família? In: <http://ibdfam.org.br/artigos/921/+Que+fam%C3%ADlia%3F>, acesso em 27 de julho de 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 482.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 5.ed., v.6.Salvador: Jus Podivm, 2013.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Adoção: guia prático doutrinário e processual*. São Paulo, Cortez, 2010.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional. 2. edição. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 6.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- IBDFAM. Boletim IBDFAM nº 78 – ano 13 – janeiro/fevereiro 2013
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NEGREIROS, Teresa Creusa de Góes Monteiro e Terezinha Féres-Carneiro. Masculino e feminino na família contemporânea. In: **ESTUDOS E PESQUISAS EM PSICOLOGIA**, UERJ, RJ, ANO 4 N. 1, 1º SEMESTRE 2004

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família atual*. Por Tânia da Silva Pereira. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. V.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai por que me abandonaste? In: PEREIRA, Tânia da Silva. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.580.

_____. Sistema de adoção no Brasil é cruel com as crianças e os adolescentes. *IBDFAM*, Belo Horizonte, MG, 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1183/Sistema+de+ado%C3%A7%C3%A3o+no+Brasil+%C3%A9+cruel+com+as+crian%C3%A7as+e+os+adolescentes>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

RIBEIRO. Paulo Hermano Soares. *Nova lei da adoção comentada*. Leme: Mizuno, 2009.

ROSSATO. Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado Artigo por Artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Informativo de Jurisprudência 508 do STJ*. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 6/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270508%27>, p. 20>. Acesso em: 14 mar. 2017.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos da Criança. *Convenção sobre os Direitos da Criança* ([1989]1990). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 11 maio 2017

EMBRIÃO É TUDO O QUE TODOS JÁ FOMOS...EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA.

EMBRYO THAST'S ALL WE ONCE WERE...SPARE EMBRYOS IN THE MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION TECHNICS.

João Proença Xavier¹

Universidade de Salamanca

Sumário: 1. Embriões Excedentários nas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida; 2. Conclusão; Referências

1. Embriões Excedentários nas Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida.

Na reprodução Medicamente assistida muitas vezes produzem-se embriões em número superior ao necessário para implantação na mulher, criando-se embriões excedentários também chamados “*embriões sobranes*”, que segundo a Encíclica Papal “*Evangelium Vitae*” são posteriormente eliminados ou utilizados na investigação, às custas do progresso científico e da medicina, reduzindo a vida humana a mero material biológico de livre disposição.

O Parlamento Europeu em 1989 determinou que os embriões (sobranes) devem ser “todos” transferidos para a mulher para contribuir e impedir a criação de embriões que são também chamados supranumerários.

Em Portugal: “*O Projecto Português sobre a Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (já controlava) intencionalmente o número de embriões resultantes da fertilização in vitro ao estritamente necessário, segundo o estado actual da ciência, para o sucesso da procriação (artigo 35º).*”

O Projecto Português determinava que todos os embriões obtidos deveriam ser implantados na mulher beneficiária das técnicas na primeira transferência, mas só se não se compromettesse a saúde da mulher ou dos futuros filhos nascidos com esta acção,

¹ Pósdoctoral Research Scientist - “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España”. Instituição: IURJ- Instituto Universitário do Rio de Janeiro e Universidade de Salamanca. Bolseiro de Mérito da Fundación General da Universidade de Salamanca / CEB -Centro de Estudios Brasileños da Universidade de Salamanca - Doutor em Direitos Humanos PPDH/USAL - pela Universidade de Salamanca – Espanha, especialista em Direitos Humanos / Direito Comparado / Medicina da Reprodução e Direito Biomédico. joao.proenca.xavier@usal.es - Membro do Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto – Portugal – Investigador do Grupo Internacional “Dimensions of Human Rights”. Investigador: Fundação da Ciência e Tecnologia – FCT - Integrado no CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – Universidade de Coimbra – Portugal. Jurisconsulto em pareceria com FAF Sociedade de Advogados, SP, RL. Membro Fundador do OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; AVOGADO EUROPEU com a Insígnia do Ilustre Colégio de Abogados de Salamanca – Espanha.

defendendo que só neste caso especial poderia haver “embriões sobranes”, cujo destino se teria depois que decidir...

Assim a responsabilidade da futura utilização dos embriões recai sobre os beneficiários das técnicas de reprodução medicamente assistida (RMA), portanto os embriões não implantados serão crioconservados por um período de 2 anos para futura utilização pelos beneficiários para os quais foram criados, podendo estes manifestar o desejo de “usa-los” em período posterior a este prazo.

Para aumentar as “chances” de êxito, muitas vezes, são fertilizados mais óvulos do que aqueles que são necessários para ser implantados na mulher, dado que a implantação de todos os óvulos (em excesso) no seu útero pode causar-lhe a morte ou gerar gravidez múltipla não desejada.

Assim surgem os “embriões sobranes”, “excedentários” ou “supra numerários”...

A Proposta de Lei Portuguesa nº 135/VII sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida de 1 de Agosto de 1997 determina no seu Artigo 20º (Princípio Geral) “1 – Na Fecundação *in vitro* não deve haver lugar à criação de embriões excedentários. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, deve proceder-se apenas à inseminação do número máximo de ovócitos a cuja transferência os beneficiários hajam dado o seu consentimento.... 3- O número de ovócitos a inseminar em cada processo deve ter em conta a situação clínica do casal, que será objecto de registo justificativo.”

E reforça no Artigo 21º: (Destino dos Embriões) “1- Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, todos os embriões resultantes da fecundação *in vitro* devem ser transferidos para o útero não sendo permitida a sua destruição. 2- A transferência de todos os embriões só não será efectuada se a tal se opuserem razões ponderosas, relacionadas com o risco de sobrevivência dos mesmos ou com a imparcialidade de sua transferência para o organismo materno no ciclo ovocitário em que tiveram origem. 3- Os embriões que, ... não tiverem sido transferidos devem ser congelados, comprometendo-se os beneficiários a utilizá-los em novo processo de transferência embrionária no prazo máximo de três anos. 4- Decorrido o prazo de três anos, podem os embriões ser destinados a outro casal cujas indicações médicas de esterilidade o aconselhem, sendo os factos determinantes objecto de registo justificativo. 5- O destino dos embriões previsto no número anterior só pode verificar-se mediante o consentimento dos projectados beneficiários, ou do que seja sobrevivente...6- Na falta do consentimento ou de acordo entre os projectados beneficiários, a decisão cabe ao tribunal competente em matéria de família da área da sede do estabelecimento onde tiver sido realizada a fecundação.”

A investigadora portuguesa Stela Marcos Neves Barbas denomina estes embriões como como “orfãos” (como se tratasse de filhos sem pai nem mãe) e sobre o seu destino determina várias “hipóteses”:

Criopreservação? Transferência para o útero da mulher beneficiária no mesmo ciclo reproductivo ou em ciclo posterior ao da fecundação *in vitro* do embrião ou embriões a que pertencem? ¿Doação a outro casal/ par? ¿Utilização na investigação? Ou simplesmente a sua destruição?

Sobre a utilização de embriões excedentários na investigação, Neves Barbas pensa que se for admitida, implicará sempre a sua posterior destruição dos embriões, porque não admite a implantação no útero da mulher de um embrião sujeito a experimentação científica, de facto concordamos que isso não seria correcto nem de um ponto de vista meramente legal, nem de um ponto de vista moral e ético, numa perspectiva dos direitos humanos centrada na dignidade da pessoa humana que defendemos.

Sobre a criopreservação dos embriões, com o decurso de 6 meses, um ano, dois anos ou mesmo de 10 anos², de acordo com prazos de várias legislações, estes embriões “órfãos” quando não utilizados, serão também “eliminados.”

Sobre a destruição dos embriões, cito Oliveira Ascensão no seu conceito de “embrionocídio”: *“O embrionocídio no exterior do corpo da mulher é figura não prevista na lei penal e que suscita perplexidade. Não é abrangido pelo tipo legal do aborto. Todavia, mesmo hipóteses de aniquilamento fora do útero são configuráveis como aborto. Pode imaginar-se que o embrião seja retirado vivo do corpo da mulher para ser aniquilado. Parece que há então um aborto, só sendo diversas das comuns as vias de o realizar”*³

Também Capelo de Sousa sublinha que a morte dos embriões excedentários é um ilícito civil nos termos dos Artigos 483º/ss e 70º do Código Civil Português⁴. Onde Stella Barros retira a conclusão de que: *“Não é lícito matar para gerar”* e indica a leitura de Ángeles López⁵ sobre a estatística de 1983 realizada pelo Queen Vitória Medical Center in Austrália, que refere que de cada 984 embriões implantados só nascem 95 filhos, destruindo-se assim os outros 889 embriões sobrantes, o que corresponde a uma

² Ver no mesmo sentido: Morán González, L. *“Dilemas Éticos de la Medicina Actual -11- Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, p. 165/ss. : Cit.: CAHEGE (Estrasburgo, Outubro de 1984) proponía: *“...se limitarán de forma estricta el número de embriones obtenidos por FIV y transferidos al número necesario para el éxito de la procreación: y si es posible, serán transferidos todos los embriones obtenidos.”*(...) *“Las Leyes nacionales fijarán el período de tiempo máximo que deberán permanecer almacenados los embriones congelados; en principio no será superior a diez años.”* Ver também a Lei Inglesa de 1 de Novembro de 1990 que: estabelece como prazo máximo de dez anos para a conservação de gametas e de cinco anos para a conservação de embriões.

³ Oliveira Ascensão, J., *Direito e Bioética*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 51, II Julho de 1991, p. 450.

⁴ Capelo de Sousa, R.V.A., *“O Direito Geral da Personalidade”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 363.

⁵ Neves Barbas, S.M., *“Direito ao Património Genético”*, Almedina Coimbra, p. 89 cit.” O Direito” Ano 121º, IV, Outubro- Dezembro, 1989, p.706, sobre Angeles Lopes, “ Presupuestos bioéticos y biojurídicos para una crítica a la ley española sobre técnicas de reproducción asistida”

percentagem de cerca de 91 por cento e quase 9,5 por cento respectivamente. Segundo a Professora de Coimbra, esta percentagem alcançará maior expressão se se incluírem, para além dos embriões implantados, os embriões produzidos por fecundação *in vitro* “*que logo se perdem antes da transferência.*”

Para Rodríguez Luño y Lopes Mondejar⁶ deve ser considerado uma desordem moral grave toda e qualquer Acção dirigida de modo deliberado à supressão de um ser humano em estado embrionário. Retirar a vida humana em qualquer estágio de desenvolvimento não pode ser encarado como um recurso disponível para o desenvolvimento de um projecto científico, médico, social e político, etc., por muito relevante que seja.

Por isso parece-nos muito importante desenvolver meios para proteger o embrião no futuro.

Sobre a doação, Neves Barbas (pensa o mesmo que o Mestre de Coimbra, Rafael Reis e Vale), distingue dação de doação de embriões. Sobre a dação, no sentido do Professor Oliveira Ascensão defende –se a posição da maioria dos autores que defendem que não existem grandes dificuldades relativamente à determinação da maternidade e paternidade, na dação mãe é a pessoa que gesta o filho, que tem a gravidez e o parto⁷, a paternidade é do presumido marido, segundo Neves Barbas “*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*”, e quando não sejam casados a paternidade vem determinada pelas formas comuns de estabelecimento da paternidade fora do matrimónio⁸.

O problema que coloca a investigadora portuguesa e outros autores é que: “... a dação anónima além de consubstanciar uma instrumentalização da pessoa humana põe em causa o direito ao conhecimento da proveniência genética; viola o direito ao património genético.”⁹ Para alguns autores a dação anónima conduzirá à produção de embriões excedentários, porque com a morosidade dos processos de adopção é natural que aumentem as “*adopções pré – natis*” de embriões excedentários, contrariando a noção principal de evitar a existência de embriões supranumerários.

Resulta portanto que, a dação incluiu a doação e venda dos ditos embriões sobrantes.

Apesar de serem conhecidos os riscos e consequências ilícitas, é conhecida a existência de cadeias de comercialização de embriões a pesar desta Venda estar proibida em ambos os ordenamentos jurídicos Português e Espanhol, sendo que a venda de embriões configura uma “*mercantilização do ser humano*” nos mesmos moldes que

⁶ Rodrigues, Luño A. / Lopes, Mondejar R., “*La Fecundación in Vitro*” p.103/ss.

⁷ Ver Artº 1796 nº1 do Código Civil Português.

⁸ Ver: Artº 1826º nº1 y 1796º nº 2 ambos do Código Civil Português.

⁹ Ver Neves Barbas, S.M. “*Direito ao Património...*”, p. 90.

sabemos que acontece com a venda de transfusões de sangue ou dos transplantes de órgãos humanos...

Sobre a transferência para o útero da mulher beneficiária das técnicas de RMA num mesmo ciclo reprodutivo ou num ciclo posterior ao da fecundação *in vitro* do embrião ou embriões que lhe pertençam, pensa Neves Barbas que esta opção “*é a mais correcta*”, mas entende que existem vários problemas associados: o falecimento da mulher ou do marido, divórcio/separação do casal, ou inclusivamente desinteresse na gravidez...¹⁰ problemas que aumentam com a questão das gravidezes múltiplas e do excesso de embriões que pode por em risco a saúde, a integridade física e inclusivamente a própria vida da mulher...

Neste sentido, penso que devemos usar todas as técnicas para evitar a criação desnecessária de embriões sobranes...mas se por algum acaso se criarem mais embriões do que os necessários, estes devem ser implantados no útero da progenitora no decurso do ciclo ou de ciclos posteriores ao da fecundação *in vitro*.

Na direcção de Neves Barbas esta posição vai mais além: “*se por algum motivo (ex: doença temporária da mulher) esta solução apresentada não seja viável, recorre-se à criopreservação.*”¹¹ Para a autora parece certo que cit: “*entre liquidar uma vida (morte dos embriões) ou a sua transferência para o útero alheio (inseminação/fertilização heteróloga) esta terá que prevalecer* (garantido, claro está o anonimato do donante).”¹²

Num sentido semelhante parece caminhar o autor espanhol Luis González Morán que afirma que: “*De todas formas, en el supuesto de que existan embriones “sobrantes” es más conforme a la dignidad de la vida humana que sean donados a parejas necesitadas, antes que proceder a su destrucción o empleo para fines de comercialización o investigación.*”¹³

Também segundo, Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro: “*Este problema (dos embriões sobranes) se explica también por un doble factor. Por un lado, porque el tratamiento farmacológico hormonal que requiere la mujer para la estimulación de sus ovarios de cara a la obtención posterior de sus ovocitos, acarrea molestias notables y no está exento de riesgos para la salud. Y por otro, porque las técnicas de reproducción*

¹⁰ Neves Barbas, S.M. “*Direito ao Patrim...*”, p.92.

¹¹ Neves Barbas, S. M., “*Direito ao Património...*”, pág. 94. Ver in: Morán González L. “*Dilemas Éticos de la Medicina Actual -11- Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, p. 165. “Y de ahí viene la criopreservación del resto de los óvulos fecundados no transferidos, en previsión de que fracase la transferencia primera y haya que repetirla. Con lo cual y “resumidas cuentas, las graves cuestiones aludidas se reducen a una: la existencia de embriones sobranes.”

¹² Neves Barbas, S. M., “*Direito ao Patrim....*”, p. 94.

¹³ Morán González, L. “*Dilemas Éticos de la Medicina Actual -11- Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998, pág. 170.

asistida, que en España se llevan a cabo mayoritariamente en clínicas privadas, tienen un alto coste económico para los pacientes. Por la incidencia de estos aspectos, y en aras de la eficiencia de los tratamientos, se suele dar lugar a un número de embriones suficiente, además de para el ciclo en cuestión, para tener también algunos de reserva, de manera que no haya que empezar de nuevo todo el proceso, si fallan los utilizados en primer término o si en el futuro la pareja quiere tener más hijos.”¹⁴

No Artigo 3 n.º 2 da Lei Espanhola 14/2006 não permite a transferência de mais de 3 embriões por ciclo reprodutivo,¹⁵ por tanto los embriones sobrantes no utilizados son congelados en los Bancos de los Centros “*pendientes de un destino incierto*” que “*presumiblemente será la reproducción de la pareja que los generó pero que muchas veces no podrá ser así.*”

Para Fernando Abellán y Javier Sánchez por vezes o casal acaba “*desentendiéndose de sus embriones congelados porque se ha separado*”, o porque já têm um filho fruto das técnicas, porque têm problemas económicos (a manutenção da congelação em Centros Privados custa dinheiro), etc. Aqui se abre um “*abanico de opciones*” sobre o destino do embrião sobranante, que nem sempre vai garantir-lhe um final reprodutivo...

2. Conclusão:

Em síntese, das possibilidades enumeradas destacamos as clássicas: criopreservação para “doação” para reprodução em outros “casais”, cessão/doação para a investigação, ou descongelação sem outro fim, supondo estas duas últimas a destruição dos embriões...

Pode dizer-se que a evolução da legislação Espanhola gerou posicionamentos mais garantísticos do embrião,¹⁶ com a determinação de critérios muito mais permissivos que autorizam o seu uso na investigação científica e inclusivamente a sua destruição...¹⁷

¹⁴ Abellán, F. & Sánchez-Caro, J. “Bioética y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos clínicos”, Comares, Granada 2009, p. 105/ss.

¹⁵ Sobre o mesmo assunto ver a Lei Portuguesa, Lei 32/2006, Artigo 24.º “1- Na fertilização in vitro apenas haverá lugar à criação dos embriões em número necessário para o êxito do processo...”

¹⁶ Ver a Ley 35/1988 (já revogada), sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁷ Ver Lei Espanhola actual Ley 14/2006 sobre RMA, no Capítulo IV da Tese do actor p. 26/ss. Ver: Também a Ley 14/2007 sobre investigación Biomédica.

Mas apesar disso pode dizer-se também que o ordenamento jurídico espanhol segue uma regra base: não podem fecundar-se óvulos humanos com qualquer finalidade distinta da procriação...¹⁸

Espanha também assinou a Convenção de Oviedo, que estabelece a proibição de se constituírem embriões humanos com fins de experimentação, e que proclama que quando a experimentação com embriões *in vitro* está admitida pela lei ela deve garantir uma adequada protecção do embrião.¹⁹

Tanto em Espanha como em Portugal, a utilização dos embriões, para além dos critérios clínicos que se visam a garantia do êxito reprodutivo do casal/*pareja*, não deve ter uma utilização prevista diferente da reprodução humana.

Relativamente à Lei Espanhola actual, os autores Fernando Abellán e Javier Sánchez no capítulo “*El destino de los Embriones sobrantes de la FIV-ICSI*” do seu livro de 2009 sustentam que: “... *a pesar de que la ley de reproducción asistida de 2006 no lo aclarase suficientemente, todos los embriones sobrantes viables de las FIV han de ser inmediatamente congelados, sin que quepa disponer nada más generarse estos últimos – es decir, encontrándose en fresco recién creados in vitro- , su destrucción o su utilización para la investigación, opciones que, por el contrario, sí serán válidas legalmente a posteriori.*”²⁰

Sobre os destinos possíveis dos embriões sobrantes da FIV-ICSI, os mesmos autores determinam que a Lei Espanhola de 2006 confere ao casal /*pareja* “*y a la mujer sola*” uma série de opções, a saber:

Que sejam criopreservados²¹ nos Bancos dos Centros até que sejam usados pelo próprio casal ou pela (*mujer sola*), a doação com fins reprodutivos, a doação com fins de investigação ou o fim da sua conservação sem outra utilização.

¹⁸ Ver Artigo 160 nº2 do Código Penal Espanhol cit.: “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

¹⁹ Ver Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, Artículo 18, apartados 1 y 2, cuyo Instrumento de Ratificación por España fue publicado en el *B.O.E.*, nº 251 de 20 de Octubre de 1999.

²⁰ Abellán, F. & Sánchez-Caro, J. “Bioética y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos clínicos”, Comares, Granada 2009, p. 123.

²¹ Ver a Lei Espanhola sobre RMA, Artículo 11 nº4.

Sobre a opção cesión para su utilización” *por la mujer*²² o su cónyuge^{23 24}, a donación con fines reproductivos, la donación para la investigación e a final a opción de descongelación o destrucción de los embriones sobrantes, recomenda-se a leitura comparada do Capítulo IV da Tese de Doutoramento do autor deste artigo²⁵, onde se pode ver, com a ajuda do suporte legal das leis actuais de PMA em Portugal e Espanha, as opções que actualmente prevêem a resolução deste problemas na prática, onde encontramos coordenadas gerais da protecção da realidade embrionária *in vitro* tanto em Portugal como em Espanha que priorizam claramente as opções reprodutivas e de investigação face às opções de destruição.

Finalizando para que possam tirar as pretendidas conclusões pessoais, cumpre destacar um artigo de um Jornal português que apresenta dados sobre a problemática reprodutiva actual, de Filipa Ambrósio de Sousa - Jornalista do “*Diário de Notícias*” que aponta (no seu artigo de 27 de Junho de 2012) que cit.: “*Cerca de 130 bebés por ano são filhos de dadores anónimos, quer de esperma, quer de óvulos doados por mulheres. Em 2010, 28 crianças portuguesas nasceram a partir do esperma doado por homens sob anonimato e mais de cem através de mulheres voluntárias na doação de óvulos. Em 2009, os registos foram muito semelhantes: 107 nascimentos por doação femininas e 34 por masculinas. Ainda assim, um número “irrisório” segundo explicou ao DN Ana Rita Laranjeiro, do Conselho Nacional de Procriação Medicamente assistida (CNPMA), no dia em que se assinala o Dia da Fertilidade.*

Em França, são registados perto de 40 mil casos anuais e nos Estados Unidos 30 a 60 mil. “Ainda não existe em Portugal o altruísmo e o espírito de dádiva e também não há, por parte dos casais inférteis, uma cultura de recurso a dadores”, explica Teresa Almeida Santos, presidente da Sociedade Portuguesa de Medicina Reprodutiva (SPMR).

²² Ver a Lei Espanhola sobre RMA, Artículo 11 nº6 y Art. 11 nº4 al a)

²³ Abellán, F. & Sánchez-Caro, J. “Bioética y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos clínicos”, Comares, Granada 2009, pág. 130 cit.: “Y por lo que respecta a cesión de los embriones para utilización por “su cónyuge”, se considera que el legislador sólo ha podido referirse al cónyuge femenino y no al masculino. Es decir, que el precepto se circunscribe a los casos de matrimonios de mujeres (lesbianas) en los que, también en caso de separación o divorcio, o incluso post mortem, podría darse un supuesto análogo al comentado del matrimonio heterosexual.”... “un ejemplo real sería el de una mujer sola, que realizó un ciclo de FIV en un centro de reproducción en el año 2004 y un ciclo de criotransferencia en el 2005, del que quedo gestante y tuvo gemelos. Del ciclo referido le sobraron 17 embriones congelados y solicitó poder utilizarlos con su pareja lesbiana, con la que había contraído matrimonio, transfiriéndoselos a esta última. Éste sería, por tanto, un caso con encaje legal en el supuesto referido en la ley”... Hay que tener en cuenta que si por “cónyuge” aceptáramos en este caso también al varón, topariamos con la prohibición de no respetar el anonimato de los donantes- habría una donación abierta y dirigida de la mujer progenitora a favor de nueva mujer receptora del embrión- con la prohibición de la “gestación de substitución”, en el supuesto de que el varón quisiera tener el hijo exclusivamente a título personal valiéndose de útero de otra mujer.”

²⁴ Ver também o Artigo 6º da Lei Portuguesa de PMA.

²⁵ Sobre a problemática dos embriões excedentários e o seu estatuto jurídico Ver: Proença Xavier J., “*Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida (en contexto Ibérico)*...Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016, Cap. XI, pág. 214/ss y Cap. IV, p. 45/ss.

Segundo o CNPMA, foram feitas, em 2010, 161 inseminações artificiais com recurso a dadores anónimos de espermatozoides, em que apenas 15% tiveram sucesso. No ano anterior, foram 160 os casos, com taxa de sucesso de 20%. No caso das doações de óvulos, os dados relativos a 2010 ainda não são conhecidos, mas em 2009 foram doados 352 óvulos por mulheres, que deram origem a gravidezes de outras mulheres (e em 2009, 85 partos resultaram de inseminação através da doação de óvulos).

Em Portugal, 500 mil casais necessitam de recorrer a terapêuticas para conseguirem ter filhos biológicos”²⁶

Referências

- ABELLÁN, F., “Reproducción humana asistida y responsabilidad médica”: consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos, Comares, Granada, 2001.
- ABELLÁN, F., “El Diagnóstico Genético Embrionario y Eugenesia: Un Reto para el Derecho Sanitario”, in *Derecho y Salud*, 15, 2007.
- ABELLÁN, F., “El Estatuto jurídico del Embrión en España: De la ley de reproducción de 1988 a la Clonación Terapéutica de nuestros Días”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 28, 2008.
- ABELLÁN, F. – CARO, J. S., “Bioética y Ley en reproducción humana asistida”: Manual de Casos Clínicos, Comares, Granada, 2009.
- AGUADO, PAZ M. DE LA CUESTA, “La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales: análisis del tipo objetivo del artículo 162 del código penal” Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- AGUILAR, FRANCISCO, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, Vol. 41, nº 2, 2000, págs. 655 - 713.
- ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, “A Estrutura do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2006.
- ALKORTA IDIÁKEZ, I., “Regulación jurídica de la medicina reproductiva”: derecho español y comparado, Aranzadi, Navarra, 2003.
- ALMEIDA, F., “A criança nascida de PMA – o direito do mais fraco”, *Bioética e Vulnerabilidade*, Edições Almedina, Coimbra, 2008.

²⁶ Filipa Ambrósio de Sousa in “*Diário de Notícias*” (Jornal Português), quinta – Feira, 21 de Junho de 2012, Ano 148º, p. 11.

- ALMEIDA, RENATA BARBOSA DE, “A Direito ao Planeamento Familiar e Choque de Consentimentos sobre o uso de Embriões: O caso Evans v. Reino Unido sob a égide do Direito Brasileiro”, *Lex Medicinæ*, 2009, págs. 6 -12.
- ALONSO BEDATE, C., “Terapia Genética”, in *Genética Humana. Fundamentos para el Estudio de los Efectos Sociales de las Investigaciones sobre el Genoma Humano*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Fundación BB, Bilbao, 1995.
- ALONSO GARCÍA, E. “*Regulación La Interpretación de la Constitución*”, Edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALVARENGA, RAQUEL DE LIMA SOARES, “Considerações sobre congelamento de embriões”, *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, págs. 229 -247.
- ÁLVAREZ DÍAZ, J. A., “A El Estatus Biológico del Embrión Humano. Nuevas Repercusiones Bioéticas y Bio – jurídicas”, in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008.
- AMAYUELAS, ESTHER ARROYO, “? Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos?”, in *Derecho Privado y Constitución*, nº 18, 2004, págs. 7 -87.
- AMICH ELÍAS, C., “La regulación de la reproducción asistida en España”, en TEJERINA VELÁZQUEZ, V.H., *Propiedad intelectual: Sectores e desenvolvimiento*, Equilibrio, Piracicaba, 2007.
- ANDRADE, COSTA, “Consentimento em Direito Penal Médico: O Consentimento Presumido”, *Estudos Jurídicos de Coimbra*, Juruá editora, Curitiba, 2007.
- ANDRADE, VIEIRA DE, “Procriação assistida com dador: o problema do ponto de vista dos direitos fundamentais”, *Procriação Assistida, Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, págs. 49 -65.
- ANDRADE, VIEIRA DE, “Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976”, Almedina, Coimbra, 2006.
- AÑON, CARLOS LEMA, “Reproducción, poder y Derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre técnicas de Reproducción Asistida”, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- ANTUNES, MARIA JOÃO, “Procriação Medicamente Assistida: Questões Novas ou Questões Renovadas para o Direito Penal”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- ARA PINILLA, I., “El concepto de Derechos Fundamentales”, in *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1994.
- ARCHER, LUÍS, “Evolução do Pensamento Genético em Procreática”, *Da Genética à Bioética*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2006.
- ASCENÇÃO, OLIVEIRA, “Procriação assistida e Direito”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, 2000, págs. 645 – 676.

- ASCENÇÃO, OLIVEIRA, “Procriação Intervenções no Genoma Humano. Validade Ético-jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 63, I, II, 2003.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA, “*Questões de Bioética*”, Vol. II, Procriação Medicamente Assistida, Utilização do Embrião, Coleção Temas 1, 1992.
- ASSOCIAÇÃO PARA O PLANEAMENTO DA FAMÍLIA, “Desafios à saúde sexual e reprodutiva e compromissos com o desenvolvimento”, *Assembleia da República*, Lisboa, 2005.
- AZEVEDO, L. ELOY, “O Direito da Procriação entre a Ordem e o Caos”, *Revista do Ministério Público*, 90, Abril/ Junho, 2002.
- BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Jan/Jun., 2000, págs. 103 – 113.
- BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Clonagem, alma e direito”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, págs. 257 – 264.
- BARBAS, S. MARCOS NEVES, “*Direito ao Património Genético*”, Almedina, Coimbra, 2006.
- BARBOSA, ANTÓNIO, EDITOR/ CO-AUTOR, “Pré – textos Bioéticos”, *Centro de Bioética – Faculdade de Medicina da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, 2014.
- BARBOSA, H. HELOÍSA, “Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida”, *Grandes Temas de actualidade Bioética e Biodireito*, Rio de Janeiro, 2004, págs. 153 – 168.
- BARBOSA, H. HELOÍSA, “Aspectos jurídicos da pesquisa com células – tronco”, *Revista Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 3, nº 5, Coimbra, 2005, págs. 15-22.
- BELLIVER CAPELLA, V., “Las Intervenciones Genéticas en la Línea Germinal Humana y el Horizonte de un Futuro Posthumano”, in *Biotecnología, Dignidad y Derecho: Bases para un Diálogo*, Eunsa, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Aspectos jurídicos de la Clonación Humana”, in *Genética Humana en el Tercer Milenio*, Ediciones Akal, Madrid, 2002.
- BERGER, S. D., “La Declaración Universal de la Unesco sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”, *Cuadernos de Bioética*, 2, 1998, págs. 387 – 405.
- BESTARD CAMPS, J., “Trans la biología: La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción”, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2004.
- BISCAIA, J., “O casal e a fecundidade”, *Novos desafios à Bioética*, Porto Editora, Porto, 2001.
- CANOTILHO GOMES, J. J. y MOREIRA VITAL “*Constituição da República Portuguesa Anotada*” Vol. 1 Coimbra Editora, Coimbra 2007.

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”; J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- CASA DA MOEDA – IMPRENSA NACIONAL, “Direito da Medicina – Legislação Consolidada, Jurisprudência, Pareceres”, INCM, Lisboa, 2014.
- CASTRO, I., “De la Dignidad del embrión. Reflexiones en torno a la vida humana naciente”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008.
- CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO, “Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias – Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos) ”, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 1, 1990.
- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, “Concepção O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Soares Martinez*, Vol. I, 2000, págs. 635 – 644.
- COELHO, PEREIRA, “*Procriação Assistida com gametas do casal*”, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- COMISSÃO DA CONDIÇÃO FEMININA, Conselho da Europa – Procriação Artificial Humana: princípios orientadores, Lisboa, 1990.
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS – *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)* ”, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 1, 1990.
- CONSEIL DE L ´ EUROPE, “*Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*”, Dossier sur les Droit de L ´ Homme, 7, Strasbourg, 1985.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA-*Constitución y Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- COUNCIL OF EUROPE, STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS, “*Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction*”- (2001), Edited by Vayena, Effy/Patrick, Rowe/Griffin, David, in: <http://whqlib-doc.who.int/hq/2002/9241590300.pdf> (10/08/2009).
- CUADERNO DE DERECHO JUDICIAL XI, “Legislación sobre Reproducción Asistida: Novedades”, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2007.
- D ´ AGOSTINO, FRANCESCO, “*Bioética – estudios de Filosofía del derecho*”, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2003.
- DE LORA, DEL TORO PABLO, “¿Ser o no ser?: el misterioso caso de los embriones supernumerarios”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2003, págs. 101 – 137.
- ESTÉFANI, RAFAEL JUNQUERA, (DIRECTOR) “*Bioética y Bioderecho – Reflexiones jurídicas ante los rectos bioéticos*”, Editorial Comares, Granada, 2008.

- FERNANDES, SÍLVIA DA CUNHA, “As técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulação Jurídica”, *Renovar*, 2005.
- FERREIRA, J. P., “Procriação Artificial Humana. Perspectiva Médica. Situação em Portugal”, *Revista Jurídica*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, nº/s 11 e 12, 1989, págs. 39 – 51.
- GARCIA, MARIA OLINDA, “A criopreservação Privada de Células Estaminais. Um Contrato de Depósito”, *Lex Medicinæ*, 2008.
- GODAY VÁZQUEZ, M. OLAYA, “Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario”, Dykinson S.L, Madrid, 2014, 1ª Edición.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., “Aspectos Jurídicos de la Procreación Humana Asistida: Aspectos Técnicos, Éticos y Legales”, (Javier Gafo Ed.), Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ MORÁN, L., “De la bioética al Bioderecho - Libertad, vida y muerte”, Dykinson, Madrid, 2006.
- GOUVEIA, BACELAR, “As Constituições dos Estados da União Europeia”, Vislis Editores, Lisboa, 2000.
- HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY (HFEA), “*The HFEA guide to infertility and directory clinics*”, 2005/2006.
- IDIÁKEZ ITIZIAR, ALKORTA, “Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado”, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- LACADENA, JUAN RAMÓN, “La Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida: consideraciones científicas y éticas” in *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 24, 2006, págs. 157 – 184.
- LEMA AÑÓN, C., “Los Problemas Pendientes de la Regulación Jurídica Española sobre Reproducción Humana Asistida: La Sentencia del Tribunal Constitucional y el Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana asistida (Parte I)”, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, 13, 2000.
- LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES, “*Código Civil Anotado*”, Vol. V, Artigos 1796º a 2023º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- LLEDÓ YAGUE F. Y OCHOA MARIETA C. Y MONJE BALMADEA O., “Comentarios científico – jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo”, Dykinson, Madrid 2007.
- MARQUES DOS SANTOS A.J., “A decisão Médica em Cuidados Intensivos – Uma análise à luz da Filosofia dos Valores”, Curso de Mestrado em Bioética - FML, Lisboa, 2008.

- MELO, HELENA, “Problemas jurídicos suscitados pela inseminação artificial com recurso a dador de gâmetas”, *Genética e reprodução humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2000, págs. 159/ss.
- MIRANDA, JORGE, “A Constituição e a Dignidade da Pessoa Humana”, *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais* (Jorge Miranda ed.) Principia, Estoril, 2006.
- MOREIRA, VITAL, “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- OLIVEIRA GUILHERME DE, “Um Caso de Selecção de Embriões”, *Lex Medicinæ*, 1, 2004.
- OSSWALD, WALTER, “As Técnicas de procriação medicamente assistida com recurso a gâmetas estranhos ao casal (fertilização heteróloga)”, *Cadernos de Bioética*, Revista Portuguesa de Bioética, nº 40, Abril, 2006, págs. 7 – 11.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., “Investigación Científica (Capítulo V)”, *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina – Su entrada en Vigor en el Ordenamiento Jurídico Español*, (Carlos Romeo Casabona ed.) Editorial Comares Bilbao-Granada, 2002.
- PÉREZ LUÑO A.E, “La Tercera Generación de Derechos Humanos”, Aranzadi, Navarra, 2006.
- REDONDO HERMIDA, A., “O Breves anotaciones sobre la Protección del Embrión en el Ordenamiento Jurídico Español”, *Cuadernos de Bioética*, 69, XX, 2009.
- ROMERO CASABONA, C., “El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina - Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español”, Comares, Bilbao- Granada, 2002.
- ROMERO CASABONA, C., “La Constitución Europea, un núcleo de los Derechos Humanos de la Medicina y la Biología”, *Revista Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano 2, nº 3, Coimbra, 2005, págs. 5 – 8.
- ROMERO CASABONA, C., (ED.) “La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 24, enero/julio 2006, págs. 75/ss.
- SERRÃO D., *Livro Branco* “Um protocolo anexo à Convenção de Bioética para a protecção do embrião e do feto”, *A Ética e o Direito ao início da Vida Humana*, Gráfica de Coimbra, Coimbra, 2001, Págs. 189 – 196.
- SERRÃO D., *Livro Branco* “Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica”, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, Lisboa, 2003.
- SILVA PAULA MARTINHO E COSTA MARTA, “*A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*”, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa, 2011.
- SILVESTRE MARGARIDA, “Embriões Excedentários – Entre a técnica, a lei e a ética” Coimbra Editora, Coimbra, 2015.

SOUSA, MARCELO REBELO/ALEXANDRINO, J. M., “*Constituição da República Portuguesa Comentada*”, Lex, Lisboa, 2000.

SOUSA RABINDRANATH CAPELO DE, “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

SANTOS, AGOSTINHO ALMEIDA, “*Reprodução Humana*”, *Ética em cuidados de Saúde*”, Porto Editora, Porto, 1998, págs. 133 – 151.

TORRE JAVIER DÍAZ, (EDITOR), “*Pasado, Presente y Futuro de la Bioética española*”, Comillas, Madrid, 2011.

XAVIER, JOÃO PROENÇA, “Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida”, Tesina Doctorado “Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, Salamanca, 2012.

XAVIER, JOÃO PROENÇA, “Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006”, Universidad de Salamanca, 2016.

■ DOCUMENTOS emitidos por el Consejo de Europa sobre reproducción asistida:

a) Recomendaciones, Resoluciones y Convenios.

Recomendación sobre Inseminación Artificial de 1979.

Resolución nº 4 376 de 1979: Declaración de los Derechos del niño no nacido.

Recomendación 934 (1982) relativa a la ingeniería genética.

Recomendación 16 (1984) relativa a la notificación de trabajos en los que se utilice ADN recombinante.

Recomendación 1.046 (1986) relativa a utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales.

Recomendación 1.100 (1989) sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica.

Recomendación 13 (1990) sobre cribado genético prenatal, diagnóstico genético prenatal y sobre consejo genético conexo.

Recomendación 1 (1992) sobre la utilización del análisis de DNA dentro del marco de la administración de justicia penal.

Recomendación 3 (1992) sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios.

Recomendación 1.213 (1993) relativa al desarrollo de la Biotecnología y a las consecuencias para la agricultura.

Recomendación 1.240 (1994) relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano.

Recomendación 11 (1994) sobre el cribado como instrumento de medicina preventiva.

b) Convenios:

Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina de 19 de Noviembre de 1996.
Documentos del Parlamento Europeo a tener en cuenta en el estudio de la reproducción asistida - resoluciones y directivas del Parlamento Europeo:

c) Resoluciones

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.

Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Marzo de 1989, sobre la fecundación artificial in vitro.” tiene como puntos importantes.

d) Directivas

Directiva del Consejo 90/219/CEE de 23 de Abril de 1990, relativa a la utilización confirmada de microorganismos modificados genéticamente.

Directiva de Consejo 90/220/CEE de 23 de Abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Directiva de la Comisión 94/15/CE de 15 de Abril de 1994, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva por primera vez la Directiva 90/220/CEE, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

Directiva de la Comisión 94/51/CE de 7 de Noviembre de 1994, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 90/219/CEE de Consejo, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.

e) Propuestas de Directivas:

“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 1995, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

■ Legislación:

<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf> (INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf

http://www.cgajdh.salud.gob.mx/descargas/rh/03_sistema_regional_europeo/01_consejo_de_europa/CE001.pdf

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619&categorieLien=id>

<http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>

(UN, Doc. A/CNF.171/13 - de 18 de Outubro 1994.) UNITED NATIONS POPULATION INFORMATION NETWORK (POPIN)

UN Population Division, Department of Economic and Social Affairs,
with support from the UN Population Fund (UNFPA)

<http://www.un.org/documents/ga/conf177/aconf177-20en.htm>

(UN, Doc. A/CONF.177/20. 94) UN -Fourth World Conference on Women

[http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618&cat](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549618&categorieLien=id)
egorieLien=id (LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation
des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation
et au diagnostic prénatal.)

<http://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12945-consolidado.pdf> (Ley
14/2007

de 3 de Julio – Ley de Investigación Biomédica.)

<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364> (Ley 13/2005 de 1 de Julio
por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer
matrimonio.)

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1249&tabela=leis (Lei
n.º 9/2010, de 31 de Maio CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO
SEXO (versão actualizada)

[https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?B](https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=37202)
ID=37202 (Projecto de Lei 278/XII) Consagra a possibilidade de co-adoção pelo
cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procede à 23.ª alteração ao Código
do Registo Civil.

LEI PORTUGUESA de Procriação Medicamente Assistida – WEB:

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273059600_P003_PMA.pdf (Parecer nº
3 CNECV sobre PMA - 3/CNE/93 - in Documentação CNEV Vol. I de (1991 a
1993) pág/s 75 a 103.

http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf (LEI 32/2006 de 26 de
Julho fdunl.pt)

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_m](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=)
iolo= (Lei 32/2006 pgdlisboa.pt versão Actualizada Lei 59/2007 de 4 de
Setembro

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=
930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1 (versão Actualizada Lei
59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º DA LEI nº59/2007 de 04 de
Setembro - Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho):

3 - É aditado o artigo 43.º-A à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho (procriação medicamente assistida), com a seguinte redacção: 'Artigo 43.º-A Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.'

<http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.pdf> (Parecer de Março de 2012 do CNEV)

http://www.cnpma.org.pt/legislacao_contexto.aspx (CNCV - Contexto Legal Nacional)

http://www.cnpma.org.pt/Docs/Profissionais_Requisitos_CentrosPMA.pdf

(O CNPMA aprovou em Julho de 2015 a revisão do documento no qual se estabelecem as condições em que devem ser autorizados os centros onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde sejam preservados gâmetas ou embriões (alínea b) do n.º 2 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho))

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1064&tabela=leis&so_miolo= (Lei 12/2009 de 26 de Março sobre regime jurídico da qualidade e segurança relativa ao tratamento de tecidos e células origem humana, contém alterações: - lei n.º 1/2015, de 08 de Janeiro.)

[http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Recomendacao_CompensacoesDa](http://www.cnpma.org.pt/Docs/PROFISSIONAIS_Recomendacao_CompensacoesDad)
dores.pdf (recomendación CNPMA en Mayo de 2010, sobre las” remuneraciones” de los donantes de células reproductivas previstas en lo Artículo 22º nº 3 de la Ley portuguesa Lei 12/2009 de 26 de Marzo.)

LEY ESPAÑOLA de Procreación Medicamente Asistida – WEB:

<https://www.boe.es/boe/dias/1988/11/24/pdfs/A33373-33378.pdf> (Ley 35/1988 de 22 de Noviembre) (Publicada en lo BOE de 22 de Noviembre de 1988 pp nº 33373 - 33378)

<https://www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf> (Ley 45/2003 de 21 de Noviembre)

<http://www.bioeticaweb.com> - Bioética en la Red (Ley 14/2006 de 26 de Mayo) - versión incluida en La TESIS)

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf> (Ley 14/2006 de 26 de Mayo)

<https://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf> (Ley 14/2006 de 26 de Mayo) (Publicado en lo BOE nº 126 de 26 de Mayo de 2006 pp 19947-19956)

<http://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-12945-consolidado.pdf> (Ley 14/2007 de 3 de Julio – Ley de Investigación Biomédica)

<http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>

(Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006

Referencia: BOE-A-2006-9292 TEXTO CONSOLIDADO - Última modificación: 14 de julio de 2015)

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7851#dfquinta> (Disposición Final Quinta 5.1, 5.2, 5.3, de la Ley 19/2005 de 13 de Julio) que solo entrará en vigor el 15 de octubre de 2015, según establece su disposición final 10. Ref. BOE-A-2015-7851.

AS COMISSÕES DE ÉTICA E A SAÚDE – ALGUMAS REFLEXÕES

HEALTH AND THE ETHIC COMMITTEES – SOME CONSIDERATIONS

Ana Sofia Carvalho¹

Universidade do Porto/Universidade Nova de Lisboa

Isabel Poças²

Universidade De Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. A dignidade da pessoa humana como valor ético-jurídico; 3. Algumas questões ético-jurídicas relativas aos grupos de crianças e idosos; 4. Conclusões; Referências

1. Introdução

Começaremos por fazer uma referência ao passado e ao presente dos comités de ética.

Cumpré destacar o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) que foi criado em 1990 e que funciona junto da Assembleia da República desde 2009 (sendo regulado pela Lei n.º 24/2009, de 29 de maio, com a redação dada pela Lei n.º 19/2015, de 6 de março). É um órgão consultivo independente, que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida. Trata-se no fundo de um comité de bioética a nível nacional que reflete sobre questões que **têm clamado por uma tomada de posição, nomeadamente sobre quais as aplicações das novas tecnologias que convêm ou não à humanidade**³.

No contexto do Serviço Nacional de Saúde, com o objetivo de dinamizar a reflexão sobre os problemas éticos, foram criadas também comissões de ética, denominadas comissões de ética para a saúde (CES) e instituídas pelo Decreto-Lei n.º 97/95, de 10 de maio. Estas comissões funcionam 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 envolvam questões de ética (cf. artigo 1.º do referido DL).

¹ Mestre em Direito Tributário pela Universidade do Minho. Investigadora do CIJE, Universidade do Porto e do CEDIS, Universidade Nova de Lisboa) e Isabel Poças (Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa - Porto, Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade De Lisboa

² Licenciada em Direito pela Universidade Católica Portuguesa - Porto, Pós-graduada em Direito do Património Cultural pela Faculdade de Direito da Universidade De Lisboa

³ <http://www.cneqv.pt/historial.php> (consultada em 25 de julho de 2017).

Têm uma composição multidisciplinar e são 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 (cf. artigo 2.º e 3.º do DL). O mandato dos membros das CES é de três anos, podendo ser renovado por iguais períodos (cf. artigo 4º).

Em termos de funcionamento, as comissões de ética para a saúde funcionam sob a direção de um presidente, coadjuvado por um vice-presidente, eleitos por e de entre os

seus membros (cf. artigo 5.º do DL) e devem aprovar o seu regulamento de funcionamento (artigo 11.º do DL). No exercício das suas funções, que não são remuneradas (artigo 12.º), as Comissões de ética para a saúde atuam com total independência relativamente aos órgãos de direção ou de gestão da instituição ou serviço de saúde respetivo (artigo 8.º) e os seus membros estão sujeitos ao dever de sigilo relativamente aos assuntos que apreciem ou de que tomem conhecimento no desempenho do seu mandato (artigo 9.º), estando ainda submetidos ao regime de impedimentos decorrente do artigo 10.º do DL⁴.

Quanto às suas competências, as comissões de ética para a saúde (artigo 6.º) devem:

a) Zelar, no âmbito do funcionamento da instituição ou serviço de saúde respetivo, pela salvaguarda da dignidade e integridade humanas;

b) Emitir, por sua iniciativa ou por solicitação⁵, 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;

⁴ De acordo com o qual “Nenhum membro das CES pode interferir em decisões levadas à comissão quando relativamente a ele se verifique uma das situações previstas no artigo 44.º do Código do Procedimento Administrativo.”- atual art. 69.º do NCPA – Lei n.º 4/2015 de 7 de janeiro.

⁵ 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 respetivo;

b) Qualquer profissional de saúde da instituição ou serviço de saúde respetivo;

c) Os doentes ou seus representantes, através do órgão de administração da instituição ou serviço de saúde.

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.

Deve-se ter em conta também que no exercício das suas competências, as Comissões de ética para a saúde deverão ponderar, em particular, o estabelecido na lei, nos códigos deontológicos e nas declarações e diretrizes internacionais existentes sobre as matérias a apreciar (cf. n.º 2 do artigo 6.º do DL).

É ainda importante notar que os pareceres emitidos pelas Comissões de ética para a saúde assumem sempre a forma escrita e não têm carácter vinculativo, sem prejuízo do disposto no regime legal relativo à realização de ensaios clínicos em seres humanos, de que falaremos de seguida.

Com efeito, no âmbito da Lei n.º21/2014 de 16 de janeiro⁶, alterada pela Lei n.º 73/2015, de 27 de julho, a qual aprovou a lei da investigação clínica e que veio reforçar e clarificar a função da Comissão de Ética para a Investigação Clínica⁷ (CEIC) e das Comissões de Ética para a Saúde (CEC), prevê que a Comissão de Ética para a Investigação Clínica dotada de independência técnica e científica e funcionando sob a tutela do membro do Governo responsável pela área da saúde, junto do Instituto Nacional da Farmácia e do Medicamento (INFARMED, I.P.) - artigo 35.º da Lei.

A Comissão é constituída por um conjunto de personalidades, não superior a 35, com reconhecida experiência profissional nas áreas de bioética, da medicina, das ciências farmacêuticas, da farmacologia clínica, da enfermagem, da bioestatística, jurídica e teológica e outras que garantam os valores culturais e morais da comunidade (artigo 1.º, n.º1 da Portaria nº 135-A/2014 de 14 de julho), que aprova a composição, funcionamento e financiamento da comissão de ética para a investigação clínica. As referidas personalidades são nomeadas por despacho do membro do Governo responsável pela área da saúde (artigo 35.º da Lei) - Ministro da Saúde - com um mandato de 3 anos, renovável, mas que pode cessar a todo o tempo (artigo 6.º da portaria) e estão sujeitas aos deveres de confidencialidade e proteção de dados pessoais em relação aos assuntos de que tenham conhecimento no exercício das funções (artigo 7.º da portaria). Também não podem estes membros apresentar conflitos de interesses nos termos do artigo 8.º da portaria, sendo as suas funções remuneradas (cf. artigo 35.º, n.º 4 da Lei).

⁶ Que transpõe a Diretiva n.º 2001/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril que consagra o regime jurídico da realização de ensaios clínicos com medicamentos de usos humano.

⁷ Criada pela Lei n.º46/2004 de 19 de agosto, entretanto, revogada, pela Lei n.º21/2014 de 16 de janeiro.

Esta comissão funciona em reuniões plenárias, sob a direcção do seu presidente, reunindo ordinariamente de três em três semanas e extraordinariamente sempre que convocada pelo presidente, deliberando por maioria qualificada de votos e de todas as reuniões sendo lavrada uma ata (artigo 2.º da portaria). Esta Comissão tem uma comissão executiva destinada a auxiliar o seu funcionamento, com as competências previstas no artigo 3º da portaria. Também esta comissão pode recorrer a assessoria especializada quando necessário (artigo 5.º da portaria).

Esta Comissão tem como principal função emitir o parecer de carácter ético e científico indispensável à realização de ensaios clínicos com medicamento de uso humano [cf. artigo 35.º n.º1 al. e) da Lei], que tem carácter obrigatório e vinculativo (cf. artigo 16.º da Lei). Com efeito, a realização de ensaio clínico sem o parecer favorável da comissão de ética para a saúde competente constitui contraordenação punível com coima no montante mínimo de 500 euros e máximo de 50000 euros, para pessoas singulares e um montante mínimo de 5000 euros e máximo de 750000 euros para pessoas coletivas, sem prejuízo da responsabilidade civil, penal ou disciplinar pelos factos em causa [cf. artigo 45.º, n.º 1, al. b) da Lei]. A instrução deste processo contraordenacional compete ao INFARMED e a aplicação de coimas compete ao INFARMED (artigo 46.º da Lei), sendo o produto das coimas cobradas distribuído da seguinte forma: 60% para o Estado, 30% para a autoridade competente e 10% para a IGAS (Inspeção-Geral das Atividades em Saúde) - artigo 47.º da Lei.

O INFARMED é também responsável pela criação de uma base de dados sobre ensaios clínicos efetuados nos centros de ensaio situados no território nacional, que deve incluir o registo pormenorizado, nomeadamente do parecer a que nos temos vindo a referir [cf. artigo 38.º, nº 2, al c) da Lei].

A Lei n.º 21/2014 de 16 de abril, reconhecendo as especificidades da investigação clínica em seres humanos, generaliza a todas as áreas de investigação o regime da avaliação ética, bem como o apuramento de responsabilidades do promotor, do investigador, do monitor e do centro de estudo clínico. Cria a Rede Nacional das Comissões de Ética para a Saúde (RNEC), competindo à CEIC coordenar e dinamizar a Rede. É ainda criado o Registo Nacional de Estudos Clínicos com o objetivo de facilitar e desmaterializar a transmissão de informação no processo de autorização, acompanhamento e conclusão dos estudos clínicos, bem como incrementar o acesso e conhecimento sobre os estudos clínicos realizados em Portugal por parte da sociedade e da comunidade de investigadores e profissionais de saúde, o qual é coordenado por uma comissão constituída, entre outros, por um representante da CEIC.

Em comum, todos estes conselhos e comissões têm os seus objetivos primordiais: o primado do ser humano e a dignidade da pessoa humana. Com efeito, seguindo os princípios definidos nos artigos 1.º e 2.º da Convenção de Oviedo e reiterados na legislação nacional (cf. artigo 3.º da Lei), o ser humano deve ser protegido na sua dignidade e “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

Assim, nesta reflexão jurídica, o ponto de partida deve ser sempre a dignidade da pessoa humana.

2. 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.”**⁸ Cumpre, pois, analisar o princípio da dignidade humana.

Segundo Kriele o princípio da dignidade humana, com o sentido universalista com que civilizacionalmente o entendemos, radica as suas mais fortes raízes no Cristianismo⁹. 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 CRP proclama que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular. Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁰ 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 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

⁸ <http://www.cneqv.pt/historial.php> (consultada em 25 de julho de 2017).

⁹ MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Wolters Kluwer /Coimbra Editora, Coimbra 2010, p. 79.

¹⁰ 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.

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.”¹¹.

¹¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, tomo IV, 1ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 221 e 222.

Jorge Miranda¹² 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 fundamentais¹³. 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.”¹⁴. 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 «cidadão», dotado de idêntica «dignidade social» (artigo 13.º/1 da Constituição) e elemento participativo de uma comunidade social «bem ordenada».”¹⁵.

Daqui resulta que também é na dignidade da pessoa humana que se funda o princípio do acesso equitativo aos cuidados de saúde previsto no artigo 3.º da Convenção de Oviedo, pois trata-se no fundo de uma concretização da proibição de discriminação das pessoas, patente no artigo 1º da referida Convenção. Esta proibição de discriminação está também patente no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, no chamado princípio da igualdade. Segundo Bacelar Gouveia¹⁶, o princípio da igualdade assenta em duas ideias fundamentais:

“a) o tratamento idêntico, para tudo aquilo que é materialmente igual, proibindo-se o tratamento discriminatório, quer positivo quer negativo, que se funda em razões que não são objectivamente admissíveis; e

b) o tratamento diferenciador, para tudo aquilo que é materialmente desigual, o que se justifica no facto de existir razões de substância que assim o justifique.”

¹² MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 78.

¹³ 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.

¹⁴ *Ibidem*, p. 219.

¹⁵ QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 114.

¹⁶ GOUVEIA, Jorge BACELAR, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 1094.

Segundo o mesmo autor o princípio da igualdade acolhe ainda uma outra perspectiva que lhe foi acrescentada por força do princípio da socialidade (princípio da igualdade social), o que implica que em alguns casos se adopte um tratamento diferenciador, positivamente discriminatório, em benefício de determinados grupos ou situações.

3. Algumas questões ético-jurídicas relativas aos grupos de crianças e idosos

Ora, infelizmente, os casos que têm sido publicitados recentemente demonstram uma discriminação negativa (e não positiva) face a determinados grupos, nomeadamente crianças e idosos, situações que têm que ser refletidas também a nível ético.

Relativamente às crianças, que constituem um grupo especialmente vulnerável (tal como os idosos), pela fragilidade, suscetibilidade e dependência que as envolve, ao necessitarem de novas terapêuticas e como potenciais sujeitos de investigação, muitas vezes, falta-lhes a cognição necessária (transitória ou permanente) para o exercício da sua autonomia, volição e capacidade para prestar um consentimento informado, como escreve Maria do Camo Jardim Pereira do Vale¹⁷. “ O doente, como sujeito do procedimento tem de possuir capacidades sensoriais, atenção e concentração, memória e cognição que lhe permitam entender o que lhe é proposto, contribuir para a relação de empatia e proactividade com o médico, compreender e memorizar a informação prestada e perceber, na essência, a diferença entre procedimentos e investigação” (...) ” É fundamental que o doente saiba que, ao contrário da terapêutica que visa o seu benefício directo, a investigação tem por objectivo o benefício de terceiros e muito pontualmente o benefício directo do próprio.”

A acrescentar que no caso das crianças, assiste-se, atualmente, a que tomam medicamentos que foram anteriormente testados em adultos, uma vez que, são poucos os estudos de investigação clínica existentes, em que participam.

A questão da autonomia e do consentimento informado das crianças nos ensaios clínicos é deveras delicada, uma vez que a lei considera menor, toda a criança ou jovem de idade inferior a 18 anos, salvo algumas exceções que admite, pelo que cabe aos pais ou tutores, essa função.

Maria do Carmo Vale e Guilherme de Oliveira¹⁸ atestam que “enquanto o doente adulto é considerado competente para prestar consentimento e em caso de incapacidade

¹⁷ VALE, M. do C. JARDIM PEREIRA do *Ensaio Clínicos em Populações Vulneráveis*, <http://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Ensaio+Cl%C3%ADnicos+em+Popula%C3%A7%C3%B5es+Vulner%C3%A1veis/af22ac97-4474-4d0f-98bb-6707920dff28> (consultado em 25 de julho de 2017).

¹⁸ VALE, M. do C. e OLIVEIRA, G. *Consentimento Informado em Menores*, <http://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Consentimento+Informado+em+Menores/3e12fb83-7a05-4632-baf3-f1a885fb23a5> (consultado em 25 de julho de 2017).

ter-se-á que provar o contrário, o doente pediátrico à “a priori” incompetente para tal, sendo necessário determinados requisitos para ser competente, quer do ponto de vista ético, quer do ponto de vista legal” e “prende-se com o bem estar da criança e a natureza do interesse da criança na autodeterminação. Mas também com o interesse dos pais em decidir o bem estar dos seus filhos menores”. Salientam ainda que “Do ponto de vista ético e na maioria dos casos é suficiente o consentimento de um dos pais desde que seja claro o sentido da decisão seja efectuado no melhor interesse da criança e baseiam-se na 5.^a diretiva da Directivas Éticas Internacionais para a Investigação Biomédica em Seres Humanos publicadas em 1993 pela Organização Mundial de Saúde.

Antes de iniciar uma investigação em crianças, o investigador terá de considerar:

- As crianças só serão sujeitas a protocolos de investigação, se a questão a ser respondida não pode ser igualmente respondida pela investigação em adultos;

- A investigação responder a questão relevante para a saúde das crianças;

- Poderá ser considerado o consentimento de apenas um dos pais ou tutores, sempre que o protocolo de investigação envolva riscos mínimos, ou nos casos em que os riscos ou desconfortos estejam relacionados com a intervenção terapêutica, diagnóstica ou preventiva.

- Para além dos pais ou tutores poderão dar consentimento informado parentes como tios, avós, padrasto e ou madrasta ou outros adultos que tenham relação afectivamente próxima e mantida com a criança, assente em suporte legal. O consentimento ou permissão parental deve reflectir o pensamento colectivo da família em relação à aceitabilidade da inclusão da criança na investigação.

- Sempre que a investigação envolva riscos superiores aos mínimos ou aceitáveis, deve ser exigido o consentimento informado de ambos os pais, a menos que um deles tenha falecido, seja incógnito, incompetente ou inacessível em tempo útil.

- Tenha sido obtido o consentimento ou assentimento da criança, de acordo com as capacidades da criança.

- A recusa da criança é vinculativa (investigação não terapêutica), independentemente do posicionamento parental ou dos tutores.

- A relação risco-benefício das intervenções que não visem o benefício directo da criança como sujeito de investigação, seja mínima ou aceitável, atendendo à patologia em causa e à proporcionalidade do conhecimento a adquirir.

- As intervenções que visem o benefício terapêutico directo da criança, como sujeito de investigação, sejam pelo menos de não inferioridade comparativamente às alternativas disponíveis.”

Também o 5º princípio da Recomendação do Conselho da Europa Respeitante à Investigação Biomédica em Seres Humanos defende o seguinte:

•Uma pessoa legalmente incapacitada só pode submeter-se a investigação biomédica se se esperar que esta produza benefício directo e significativo para a sua saúde.

Na Convenção Sobre os Direitos da Criança¹⁹ (adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 44/25 de 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de novembro de 1990), criança “é todo o ser humano com menos de 18 anos, salvo se nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo” (artigo 1.º).

No entanto, o mesmo instrumento jurídico internacional concede à criança o direito à liberdade de opinião da criança no artigo 12.º - “Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”²⁰, assim como o direito à liberdade de expressão e o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigos 13.º e 14.º).

Como refere, ainda, Maria do Carmo Jardim Pereira Vale²¹ o artigo IV da Carta da Criança Hospitalizada (ratificada por Portugal por Despacho DGH/310-72 de 6 de maio de 1987) consagra o direito de hospitalização da criança em serviços pediátricos até à idade de 14 anos e 364 dias e refere expressamente que “as crianças e os pais têm direito a receber informação sobre a doença e os tratamentos adequada à idade e compreensão, a fim de poderem participar nas decisões que lhe dizem respeito, sendo de evitar qualquer exame ou tratamento não indispensável. Deve tentar reduzir-se ao mínimo as agressões físicas ou emocionais e a dor”. Neste sentido, entende que relativamente ao exercício da autonomia, a legislação aponta para um “reconhecimento implícito desse direito à criança que, independentemente da idade, possua desenvolvimento cognitivo, emocional e capacidade de discernimento para compreender e decidir em relação à própria saúde.

Também a Convenção de Oviedo²² no artigo 6.º n.º 2 refere que “Sempre que, nos termos da lei, um menor careça de capacidade para consentir numa intervenção, esta não poderá ser efectuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei. A opinião do menor é tomada em

¹⁹ A *Convenção sobre os Direitos da Criança*, Comité Português para a UNICEF, Lisboa, 2000, pp.18-46.

²⁰ Quanto aos direitos de participação, foram adotados pelo Comité dos Direitos das Crianças (entidade criada por força do Artigo 43.º e cuja função é a de controlar a aplicação da Convenção) e uma Recomendação sobre “O direito da criança a ser ouvida” em 2006 e um Comentário Geral 12 CRC/C/GC/1 de julho de 2009 sob o mesmo título.

²¹ Idem.

²² <http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf> (consultado em 28 de julho de 2017).

consideração como um factor cada vez mais determinante, em função da sua idade e do seu grau de maturidade”.

No Código Civil²³, menor é “quem ainda não tiver completado dezoito anos” e “Salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos.” (artigos 122.º e 123.º). Sendo incapazes, são os pais ou o tutor que suprem essa incapacidade (artigo 124.º) e aos quais devem obedecer e cumprir os seus preceitos (artigo 128.º e Artigo 1878.º n.º2) cessando aquela quando atingem a maioridade ou são emancipados, salvas as restrições da lei (artigo 129.º), adquirindo plena capacidade de exercício de direitos e ficando, desse modo, habilitados a reger a sua pessoa e os seus bens (artigo 130.º). Os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação (artigo 1877.º), competindo aos pais, no interesse dos filhos, velar pela sua segurança e saúde e representá-los, entre outras funções (artigo 1878.º n.º1), representação que está prevista no artigo 1881.º, não podendo ao pais renunciar às responsabilidades parentais (artigo 1882.º).

Rosa Cândido Martins²⁴ refere como finalidades das responsabilidades parentais, a proteção da pessoa e do património do filho, devido à sua incapacidade (artigos 122.º e 123.º do Código Civil) e a promoção da autonomia e independência daquele. “Na verdade a criança necessita de ser protegida em virtude de lhe faltarem ainda as faculdades físicas, intelectuais, morais e emocionais necessárias para conduzir a sua vida e reger os seus bens.” e “A consideração dos filhos menores como seres em desenvolvimento assinalou ao cuidado parental mais uma outra finalidade, a da promoção da autonomia e independência dos filhos. Aos pais compete, de facto, garantir condições favoráveis ao pleno desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais dos filhos (art. 1885.º n.º1, C.Civ), por forma a habilitá-los para o exercício da sua plena capacidade quando atingirem a maioridade.”

Quanto ao exercício das responsabilidades parentais, numa situação de participação de crianças em ensaios clínicos, ocorrida na constância do casamento, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, de comum acordo, sendo necessário o consentimento de ambos, pelo que na sua falta em relação a questões de particular importância (o ato em questão, com as implicações médicas que envolve, não pode ser considerado um ato de gestão corrente da vida do menor, ao abrigo do artigo 1906.º n.º3), qualquer um deles pode recorrer a tribunal, que tentará a conciliação e se tal não for possível, o tribunal ouvirá o filho antes de decidir (artigo 1901.º). Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos pais, as responsabilidades parentais, relativas às questões de particular importância para a vida do filho, são exercidas em comum por ambos os cônjuges nos termos em que vigoravam na constância do matrimónio e, quando o exercício em comum

²³ Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de novembro de 1966.

²⁴ MARTINS, R. CÂNDIDO “Poder Paternal vs. Autonomia da Criança e do Adolescente?”, *Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7-n.º14, pp.68-69.

daquelas, for julgado contrário aos interesses do filho, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores (artigo 1906.º n.ºs 1 e 2).

Na situação de separação de facto, filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges, cessação da convivência entre os progenitores e filiação estabelecida quanto a ambos os cônjuges que não vivem em condições análogas às dos cônjuges aplica-se o mesmo regime jurídico, por remissão nomeadamente dos artigos 1909.º, 1911.º e 1912.º. Na situação de filiação de menor nascido fora do casamento se encontrar estabelecida quanto a um dos progenitores, pertence a este o exercício das responsabilidades parentais (artigo 1910.º).

Na situação em que um dos pais não possa exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor ou, no impedimento deste, a alguém da família de qualquer deles, desde que haja um acordo prévio e com validação legal (artigo 1903.º).

A linguagem utilizada no procedimento de consentimento dever ser, clara, honesta e direta e se envolver documentos escritos facilmente legível e de rápida apreensão, no entendimento de Maria do Carmo Vale e Guilherme de Oliveira²⁵ pelo que “Os investigadores devem elaborar documentos de consentimento (quer para adolescentes, quer para adultos) ao nível de literacia do 4.º-6.º ano de escolaridade” e “Deve ser dada à criança toda a informação que esta for capaz de compreender, o que naturalmente dependerá da natureza da investigação e da maturidade da criança”. Em lactentes e “toddlers” o consentimento informado parental será suficiente, mas, em crianças em idade pré-escolar deve ser explicado o “propósito e significado da investigação” (...) e “Os investigadores não devem subestimar a curiosidade e capacidade destas crianças em fazerem escolhas informadas.” Quanto aos pre-adolescentes e adolescentes devem ser “tratados praticamente como adultos porque lhes é particularmente caro o respeito pela suas autonomia e competência”.

Tânia Mateus²⁶ refere que “O uso de placebo nos grupos controlo de ensaios clínicos pediátricos é um tema bastante controverso. Os pais/tutores expressam um maior interesse em ensaios clínicos controlados com um tratamento standard (ativo) do que com um tratamento placebo (Premier Research, 2013b). Esta controvérsia gera-se, essencialmente, quando se pretende comprovar um novo fármaco com placebo, quando já existe um tratamento eficaz. Desta forma, o placebo é eticamente aceitável quando não existe nenhum tratamento standard com eficácia e efetividade comprovadas.”

²⁵ VALE, M. do C e OLIVEIRA, G, Idem.

²⁶ MATEUS, T. *Delineamento de ensaios clínicos em grupos especiais: pediatria*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Ciências da Saúde - Universidade Fernando Pessoa, 2014 http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4518/1/PPG_21470.pdf (consultada em 29 de julho de 2017).

O Documento Orientador CEIC sobre o Consentimento Informado (CI)²⁷ para participação em ensaios clínicos em pediatria, de 30 de novembro de 2015, aponta para uma informação esclarecida e um exercício livre de autonomia, aquando da prestação do consentimento para um ensaio clínico (EC), pelo que deve existir um esclarecimento duplo – do participante e do seu representante legal – e quanto ao exercício da autonomia, que é adquirida de uma forma gradual reconhece-se-lhe um percurso tripartido:

“- um percurso inicial que se cumpre nos primeiros 5-7 anos de vida, caracterizado pela incompetência para consentir, requerendo alguém (pais ou outros representantes legais, para o efeito designados judicialmente) que assuma esta responsabilidade de exercer a autonomia da criança. Assim, nos primeiros anos de vida (recém-nascidos, lactentes, e crianças em idade pré escolar) o consentimento para participar num EC é da inteira responsabilidade dos pais/representantes legais.

- um percurso intercalar, de limites variáveis, no qual esta capacidade se ganha de forma evolutiva, qual atleta de uma competição de estafetas, que tem o seu próprio tempo de passagem de testemunho. Neste percurso intermédio, a passagem de testemunho do representante legal para o próprio indivíduo carece de uma mui cuidada gestão e avaliação do seu desenvolvimento moral. Impõe-se apreender qual o estadió da respetiva maturação ética que permita, no exercício legal do representante, incluir uma cada vez mais ponderosa expressão da autonomia da criança/adolescente, que neste assentimento conquista espaço e oportunidade para explanar, gradual e inequivocamente, a sua vontade. Nas crianças que estiverem já em idade escolar e nos adolescentes, para além do consentimento dos pais, é, pois essencial a obtenção do seu assentimento. Na verdade, a criança em fase pré-operacional (6-7 anos) é capaz de tomar decisões e ter algum controlo sobre o meio, de sofisticação progressiva no período das operações concretas (7-11 anos). Só após os 12 anos, com a emergência do período das operações formais, a cognição se torna suficientemente flexível. Assim, podemos afirmar que, abaixo dos 14 anos, as capacidades para prestar consentimento voluntário são questionáveis, enquanto adolescentes de idade superior a 14 anos possuem discernimento e capacidade decisional sobreponível aos de 18 anos. É por tal que, a partir dos 7/8 anos, faz absoluto sentido partilhar informação com os participantes, devendo ser claro na metodologia preconizada para o ensaio que haverá disponibilidade para solicitar consentimento sempre que tal se afigure como razoável na avaliação que o investigador (cujo CV o legitimará para esta avaliação!) lhe há de dedicar. E é consensual que, para ensaios clínicos, a partir dos 14 anos deverá ser contemplado solicitar consentimento aos participantes, acentuando-se esta necessidade com o avançar da

²⁷<http://www.ceic.pt/documents/20727/57550/Documento+Orientador+CEIC+sobre+Consentimento+Informado+%28CI%29+para+participa%C3%A7%C3%A3o+em+ensaio+cl%C3%ADnicos+em+pediatria/15385b28-a792-4f2b-9a57-efc184f7951c> (consultado em 26 de julho de 2017).

idade, as características do ensaio (nas suas morbilidades e riscos) e, fundamentalmente, a capacidade de compreensão do participante de menoridade.

- um percurso mais tardio, que se inicia no limiar dos 18 anos de idade, agora de competência total, no qual o indivíduo arca para si próprio com a responsabilidade inerente à sua autonomia em exercício, dispensando o consentimento dos pais/representantes para a sua participação no EC.

Neste sentido, uma eventual recusa da criança, deve ser considerada vinculativa, em função da capacidade demonstrada para o exercício da sua autonomia, mesmo que o seu representante legal dê o seu consentimento para a sua participação num EC, como conclui o documento orientador.

Do Seminário sobre “O consentimento informado e o papel das Comissões de Ética para o seu correto uso”²⁸, organizado pelas Comissões de Ética para a Saúde da Região Norte, em 30 de setembro de 2009, saiu um documento de orientação, sem carácter vinculativo relativo também à situação dos menores:

“Deve reconhecer-se aos menores com capacidade de entendimento o direito a serem ouvidos.

a) Os doentes, antes de alcançarem a maioridade legal, têm o direito a ser devidamente informados e ouvidos no que respeita ao consentimento assim como à recusa, desde que tenham idade e discernimento suficientes. Quando, em resultado dessa audição, os profissionais identificam uma situação conflitual, as decisões adoptadas serão alvo de especial atenção e de diligências que procurem, dentro dos limites do razoável, o consenso.

b) Quando se trate de menor já com idade e discernimento para expressar a sua opinião e este manifestar recusa ao mesmo tempo que o seu representante manifesta consentimento, a atitude a tomar será assumida no melhor interesse do doente, envolvendo-se nas decisões a direcção/coordenação da unidade de saúde ou a chefia da equipa e a Comissão de Ética para a Saúde. As intervenções efectivadas contra a vontade de menor obrigam a uma justificação fundamentada feita por escrito no processo clínico e de cujo teor deve ser dado conhecimento prévio ao Director Clínico ou equivalente. De igual modo deve ser dada uma explicação adequada ao próprio menor.

c) Os profissionais poderão ocultar dos pais ou legítimos representantes certas informações sobre saúde relativas a menores, a pedido destes, desde que haja a convicção segura de que isso é feito no melhor interesse do menor, da sua segurança, saúde e privacidade. Em todo o caso, essa decisão deverá, convenientemente, ser partilhada por outro profissional de igual ou superior categoria profissional. Igual procedimento deverá

²⁸http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Comiss%C3%A3o%20de%20%C3%89tica/Ficheiros/Consentimento_Informado_Doc_Guia.pdf (consultado em 29 de julho de 2017).

ser aplicado quando os documentos de consentimento sejam assinados por menores de idade sem conhecimento dos pais ou legítimos representantes.

d) Quando um menor se manifestar contra a presença de um progenitor ou de qualquer outra visita no internamento, o direito a que a sua vontade seja atendida deve prevalecer, salvo em situações devidamente justificadas e analisadas pelo Director de Serviço, pelo Serviço Social e pela Comissão de Ética para a Saúde.

e) Nas situações cujo desenho clínico possa fazer antever a impossibilidade de aceitar uma recusa terapêutica, o ponto de partida não deve ser a solicitação de um consentimento mas a partilha de uma decisão, a confirmar ou não pela dação de um consentimento.

Em termos de legislação nacional, para a realização de ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, o Regulamento CE 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de abril de 2014 que tem como objetivo assegurar em toda a União Europeia a fiabilidade e a robustez dos dados dos ensaios clínicos, garantindo ao mesmo tempo o respeito pelos direitos, a segurança, a dignidade e o bem estar dos sujeitos daqueles e contribuir, desse modo para a harmonização da regulamentação sobre a matéria, o que a Diretiva n.º 2001/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de abril não conseguiu. A aplicação do regulamento inicia-se seis meses após a publicação do aviso de funcionalidade do portal e base de dados da União Europeia, esperado para outubro de 2018. Até então a realização de ensaios clínicos continua a ser regulado pela Diretiva n.º 2001/20/CE. O Regulamento CE 536/2014 respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, nomeadamente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial a dignidade e a integridade do ser humano, os direitos das crianças, o respeito pela vida privada e familiar, a proteção dos dados pessoais e a liberdade das artes e das ciências e deverá ser aplicado pelos Estados-Membros de acordo com esses direitos e princípios. Os ensaios clínicos com menores estão previstos no artigo 32.º:

“1. Um ensaio clínico apenas pode ser realizado em menores se, para além das condições enunciadas no artigo 28.º, estiverem reunidas todas as condições seguintes:

a) Foi obtido o consentimento esclarecido do seu representante legalmente autorizado;

b) Os menores receberam, por parte dos investigadores ou membros da equipa de investigação dotados de formação ou experiência de trabalho com crianças, as informações referidas no artigo 29.º, n.º 2, de modo adaptado à sua idade e maturidade mental;

c) O investigador respeita o desejo explícito do menor, quando este for capaz de formar uma opinião e de avaliar as informações referidas no artigo 29.º, n.º 2, de se recusar a participar ou de ser retirado do ensaio clínico a qualquer momento;

d) Não são concedidos quaisquer incentivos nem benefícios financeiros ao sujeito do ensaio ou ao seu representante legalmente autorizado além de uma compensação

limitada à cobertura de despesas ou perdas de remuneração incorridas pela participação no ensaio clínico;

e) O ensaio clínico tem como finalidade a investigação de tratamentos para um quadro clínico que apenas se verifica em menores ou é essencial no que diz respeito a menores para validar dados obtidos em ensaios clínicos realizados com pessoas capazes de dar o seu consentimento esclarecido ou através de outros métodos de investigação;

f) O ensaio clínico tem uma relação direta com o quadro clínico do menor em causa ou, pela sua natureza, apenas pode ser realizado em menores;

g) Há motivos de natureza científica para esperar que a participação no ensaio clínico comporte:

i) benefícios diretos para o menor em causa que superem os riscos e inconvenientes envolvidos, ou

ii) algum benefício para a população representada pelo menor em causa e que esse ensaio clínico implique apenas um risco e um inconveniente mínimos para o menor em causa em comparação com o tratamento padrão correspondente à sua condição.

2. O menor deve tomar parte no procedimento de consentimento esclarecido de modo adaptado à sua idade e maturidade mental.

3. Sempre que, no decurso do ensaio clínico, o menor atinja a idade legal para dar o consentimento esclarecido, de acordo com a legislação do Estado-Membro em causa, deve obter-se expressamente o seu consentimento esclarecido antes de o sujeito do ensaio poder continuar a sua participação no ensaio clínico.

O artigo 28.º refere as regras gerais para a realização de um estudo clínico, o que no caso das crianças, acrescem aos requisitos específicos do artigo 32.º e o artigo 29.º enuncia os elementos a que deve obedecer o consentimento esclarecido a ser fornecido.

A Lei n.º21/2014 de 16 de abril (Lei da investigação clínica) exige o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a obtenção do consentimento informado do menor com idade igual ou superior a 16 anos e do seu representante legal, ou no caso do menor ter idade inferior à referida, do seu representante legal, o qual deve refletir a vontade presumível do menor, podendo, em ambos os casos, o consentimento ser revogado a todo o tempo, sem prejuízo do menor, o menor ter recebido informações sobre o estudo clínico e os respetivos riscos e benefícios, adequados à sua capacidade e compreensão e o investigador ou, se for esse o caso, o investigador principal, respeitar a vontade expressa do menor que seja capaz de formar uma opinião e avaliar as informações de se recusar a participar ou de se retirar do estudo clínico, a qualquer momento (artigo 7.º n.º1, als. a), b) e c) da Lei n.º21/2014 de 16 de abril-Lei da investigação clínica). Se o estudo clínico for com intervenção, só se poderá realizar se para além do preenchimento dos três requisitos anteriores, aquele tiver uma relação direta com o quadro clínico do menor, ou pela sua natureza, apenas possa ser realizado em menores e comporte benefícios diretos para o grupo de participantes, sendo essencial

para validar dados obtidos em estudos realizados em pessoas capazes de dar o consentimento informado ou obtidos através de outros métodos de investigação e tiver sido concebido para prevenir a doença ou o mal-estar, reabilitar, para minimizar a dor, o mal-estar, o medo ou qualquer outro risco previsível relacionado com a doença e com o grau de sofrimento desta, devendo o limiar e o grau de sofrimento serem especificamente fixados e objeto de permanente verificação (n.º2 do mesmo artigo). A CEC pode, de forma fundamentada e a título excecional, dispensar os requisitos constantes das alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 7.º, nos casos de estudos clínicos sem intervenção (n.º 3 do mesmo artigo). Ao abrigo do n.º4 do mesmo artigo, o estudo clínico com intervenção não pode ser realizado em menor sujeito a medida de acolhimento ou a medida institucional, salvo se da não realização daquele, resultar um potencial prejuízo ou desvantagem para o mesmo e o n.º5 refere que nas circunstâncias referidas no n.º4, o consentimento informado será prestado em articulação com o médico assistente.

O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta (artigo 38.º do Código Penal²⁹), havendo coincidência de idades entre os dois diplomas legais.

Podemos concluir que os preceitos legais referentes aos ensaios clínicos com menores, criança e do adolescente, têm como denominador comum, a consideração da sua idade e maturidade, aquando da prestação do seu consentimento, para participarem naqueles.

Por outro lado, são tidos como sujeitos de direitos, na esteira do que Rosa Cândida Martins afirma³⁰ “Deixaram de ser vistos como meros sujeitos passivos, objecto de decisões de outrem (o seu representante legal), sem qualquer capacidade para influenciarem a condução da sua vida, e passaram a ser vistos como sujeitos de direito, ou seja como sujeitos dotados de uma progressiva autonomia no exercício dos seus direitos em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Pode, por conseguinte, afirmar-se que a criança e o adolescente conquistaram já um estatuto de “cidadania social” incontornável.”

Relativamente aos idosos, segundo Sibila Marques³¹, “tal como nos Estados Unidos, há problemas de idadismo quanto à qualidade do serviço que é oferecido. Não existem muitos indícios documentados sobre práticas idadistas em relação às pessoas mais velhas no sector da saúde do nosso país. No entanto, as reflexões relativas a este assunto parecem salientar sobretudo:

²⁹ Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de setembro.

³⁰ MARTINS, R. CÂNDIDO Idem, p.69.

³¹ MARQUES, S. *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011, p. 84.

a) o desinteresse pelas questões relacionadas com o envelhecimento por parte dos profissionais de saúde” (demonstrável nomeadamente pelo pouco investimento que se tem verificado no ensino da especialidade de Geriatria no nosso país)

b) “as dificuldades de relação e de tratamento das pessoas idosas no sistema nacional de saúde” (sendo certo que, a situação mais premente a apontar é a relação entre o cancro e envelhecimento, fazendo notar que em Portugal existe um grande investimento no tratamento de doenças cancerígenas e tem-se procurado responder às necessidades de todos os doentes, independentemente da idade, mas e apesar disso há que trabalhar melhor esta questão).

Relativamente ao primeiro ponto, embora haja investimento público e privado em novos cursos como auxiliares de Geriatria, o que é certo é que nas Faculdades de Medicina não existem unidades curriculares como Geriatria ou Envelhecimento (e, quando existem, são de natureza opcional), o que não se compreende, tendo em conta o envelhecimento populacional. Deveria haver mais investimento nesta matéria, tornando estas unidades curriculares de ensino obrigatório no 1.º ciclo de estudos em Medicina.

No segundo ponto, vários aspectos continuam a merecer atenção.

Em geral, a discriminação infundada de doentes idosos nos serviços de saúde que pode ocorrer baseada na ideia errada de que a pessoa idosa é a que dá mais despesa aos referidos serviços. Com efeito, seguindo Rui Nunes “práticas de desnatagem e de selecção adversa podem ocorrer quando o prestador (médico ou outro profissional), o hospital, o centro de saúde ou uma companhia de seguros discriminam doentes (considerados individualmente ou grupos de doentes) devido ao elevado custo associado ao seu tratamento. No âmbito das seguradoras, o que está em causa é, por vezes, o patient dumping, isto é, a discriminação com base no risco acrescido ou na existência de pré-condições de exclusão (Veeder, 2001). Em consequência, evitar a discriminação negativa de doentes é também uma das principais tarefas de regulação na saúde.”³².

Com efeito, segundo Vilaça Ramos “Cabe também à sociedade organizada assegurar o exercício do direito à saúde dos indivíduos que a compõem, o que implica encargos comunitários, quer financeiros, quer em recursos humanos, e exige a ponderação ética da alocação daqueles recursos. Neste contexto, é pertinente mencionar que nos países de mais forte investigação médica se vem sublinhando a exigência ética de atribuir maior volume de fundos para a pesquisa na área da prevenção das doenças crónicas que afectam mais frequentemente os idosos (cardiopatias, doença vascular cerebral, doença de Parkinson, doença de Alzheimer, diabetes, osteoporose, etc.). O progresso nestas áreas é desejável pela melhoria da saúde dos idosos e da sua qualidade

³² NUNES, R. *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005, p. 167.

de vida e é simultaneamente benéfico para a sociedade, ao reduzir a mobilização de recursos financeiros e humanos que tais doenças exigem.”³³

Em especial, note-se que no contexto da patologia crónica que, em geral, mais afecta as pessoas idosas, não são, habitualmente, valorizadas as deficiências visuais e auditivas, assim como os problemas de saúde oral, os quais têm importante repercussão negativa, nomeadamente no isolamento e estado de nutrição destas pessoas bem como em todo o seu equilíbrio bio-psico-social.

Além disso, *“a composição dos cuidados de saúde a prestar a uma população envelhecida é diferente, mas não são necessariamente mais caros. (...) O acompanhamento do doente crónico idoso de forma regular tem menores custos para o sistema de saúde e garante melhor estado de saúde e melhor qualidade de vida do que tratar episódios agudos dessa doença crónica. Pensar no tipo de cuidados de saúde adequados às necessidades de saúde da população idosa não se traduz obrigatoriamente em maior necessidade de recursos financeiros”*³⁴.

Incidindo agora no atendimento de idosos nos serviços de saúde, muitas vezes embora não cheguem a ocorrer maus tratos nos serviços de saúde, “a discriminação pode ser visível no paternalismo com que são tratadas as pessoas idosas nos serviços de saúde. (...) Por exemplo, muitas vezes as pessoas idosas vêem a sua capacidade de decisão restringida pelos familiares e pelas instituições. Um familiar ou outro cuidador assume sem autorização prévia o papel de interlocutor com o profissional de saúde, negligenciando os sentimentos do paciente e pondo em causa a sua privacidade. Esta situação é ainda mais preocupante quando se omitem determinadas informações ao idoso para o preservar do impacto da ansiedade. Apenas pelo facto de a pessoa ser idosa, os outros em seu redor assumem muitas vezes que têm direito à informação e a decidir os procedimentos a seguir. Pessoas que não são íntimas têm acesso a pormenores que não se justificam, criando situações de exposição indevida dos doentes idosos”³⁵. Com efeito, podemos estar neste caso perante uma violação do direito à privacidade “que visa restringir qualquer intromissão externa, pressupondo a não ingerência na esfera íntima dos utentes dos serviços de saúde”, mais concretamente perante uma violação da privacidade decisional (subconceito do termo “privacidade” na tese de Reich, 1998) que se refere “à liberdade de interferência processual, isto é, à exclusão de terceiras partes no processo de decisão”³⁶.

Este tipo de comportamentos, que ocorrem ainda hoje em dia nos serviços de saúde, não é justificável e deve ser alterado. Com efeito, é um conceito errado que a vida

³³ VILAÇA RAMOS, H. Qualidade de vida e envelhecimento, *Novos desafios à Bioética*, Coord. ARCHER, L., BISCAIS, J., OSSWALD, W. e RENAUD, M. Porto Editora, Porto, 2001, p. 228.

³⁴ PITA BARROS, P. *Pela sua Saúde*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013, p. 34.

³⁵ MARQUES, S. *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011, pp. 86 e 87.

³⁶ NUNES, R. *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005, p. 150.

de um jovem valha mais do que a vida de um idoso. É também errado assumir uma representação do idoso como alguém incapaz, incompetente e passivo que precisa que outros assumam o controlo da sua vida.

Por isso, devem ser salientadas iniciativas como o Programa Nacional para a Saúde das Pessoas Idosas, da responsabilidade da Direção-Geral da Saúde, aprovado em 2004 que visou estimular a iniciativa das pessoas idosas para a autonomia e independência e promover o envelhecimento activo, e a Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (regulada pelo Decreto-Lei nº 101/2006, de 6 de junho) que assume um papel prioritário na atenção aos idosos necessitados de apoio médico.

Mais recentemente deve destacar-se a publicação da Lei nº 25/2012, de 26 de julho [que regula as directivas antecipadas de vontade, designadamente sobre a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV)], que veio acautelar a autonomia da vontade da pessoa (nomeadamente a idosa), o seu direito à autodeterminação pessoal, mais concretamente o seu direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde³⁷³⁸. Nas palavras de Rui Nunes³⁹, “Legalizar o Testamento Vital é uma conquista civilizacional. Porquê, porque plasma no subconsciente dos Portugueses o referencial ético nuclear das sociedades plurais que é a possibilidade de cada um de nós efectuar escolhas livres. E assim auto-realizar-se, assumindo total responsabilidade pelas acções concretizadas, sobretudo quando as decisões têm um profundo impacto na nossa vida pessoal.”.

Extremamente importante para a pessoa idosa, quando vítima de doença grave ou incurável, em fase avançada ou progressiva⁴⁰ foi a publicação da Lei nº 52/2012, de 5 de setembro (Lei de Bases dos Cuidados Paliativos) que consagra o direito e regula o acesso dos cidadãos aos cuidados paliativos, define a responsabilidade do Estado em matéria de cuidados paliativos e cria a Rede Nacional de Cuidados Paliativos (RNCP) a funcionar sob a tutela do Ministério da Saúde (cf. Base I da citada Lei). Na sequência da sua regulamentação, através do Decreto-Lei n.º 173/2014, de 19 de novembro e posterior clarificação com o Decreto-Lei n.º 136/2015, de 28 de julho, as unidades e equipas em cuidados paliativos deixam de estar integradas na Rede Nacional de Cuidados Continuados Integrados (RNCCI)⁴¹ – assegurando a necessária articulação entre as duas

³⁷ Para concretização do direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde ver NUNES, R. *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005, pp. 144 a 150.

³⁸ Note-se que este diploma, além do direito à autodeterminação em matéria de cuidados de saúde, acautela também o direito à liberdade religiosa de muitos. Recordemos o caso dos Testemunhas de Jeová que recusam a transfusão sanguínea ao abrigo de tal direito. Para maiores desenvolvimentos nesta matéria, nomeadamente sobre a ponderação dos direitos em conflito, consultar NUNES, R. e PEREIRA DE MELO, H. *Testamento vital*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 177 a 194.

³⁹ NUNES, R. e PEREIRA DE MELO, H. *Testamento vital*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 13.

⁴⁰ Cf. Base III, número 1 da Lei nº 52/2012, de 5 de setembro.

⁴¹ Criada pelo Decreto-Lei n.º 101/2006 de 6 de junho.

redes. Ambas podem coexistir e a RNCCI pode integrar as equipas comunitárias de suporte em cuidados paliativos, assim como, as unidades e serviços da RNCCI, em função das necessidades, podem prestar ações paliativas como parte da promoção do bem-estar dos utentes. Quanto às unidades e equipas de cuidados continuados integrados de saúde mental, prevê-se que as mesmas estão integradas na RNCCI, sendo coordenadas pelas mesmas estruturas.

Com efeito, “Face à evolução verificada nas sociedades contemporâneas – nomeadamente a existência de diferentes percepções do fenómeno da morte e o reconhecimento da existência de limites à intervenção médica – surgiu uma nova abordagem da doença terminal, ou seja, emergiram os cuidados paliativos como um imperativo da política de saúde. (...) Pretende-se o conforto e o bem-estar do doente crónico (e, por maioria de razão, do doente terminal), recorrendo a uma equipa de saúde multidisciplinar especialmente sensibilizada para o efeito. (...) O que está em causa é, invariavelmente, a dependência de terceiros e uma limitação séria na vida quotidiana (sobretudo no desenrolar das relações sociais), sendo necessária a prestação de cuidados continuados formais bem como de cuidados informais por parte de amigos e familiares. Mais do que tratar e curar, pretende-se cuidar do doente e integrá-lo na família e na sociedade. Uma abordagem multifacetada e multidisciplinar torna-se então essencial. (...) Pretende-se que o doente e a sua família obtenham a melhor qualidade de vida possível. O apoio profissional é determinante, devendo contar com médicos, enfermeiros, psicólogos, técnicos de saúde, técnicos do serviço social especificamente qualificados para o efeito.”⁴². Acrescente-se que “a humanização da saúde é uma tarefa que respeita a todos os sectores da sociedade, tendo os profissionais de saúde a responsabilidade de exercer a sua profissão na convicção de que lidam com pessoas humanas particularmente vulneráveis. Neste contexto, também o direito ao acompanhamento espiritual e à assistência religiosa, por opção concreta do doente, afigura-se como fundamental numa sociedade plural e secular.”⁴³.

Por outro lado, e abstraindo agora do caso particular do idoso doente crónico ou incurável, onde devem reger os princípios atinentes aos cuidados paliativos (cf. base IV da Lei nº 52/2012, de 5 de setembro), é também importante treinar os profissionais de saúde em matérias relacionadas com o envelhecimento, de modo a que ultrapassem preconceitos de doença e incapacidade normalmente associados à pessoa idosa. Esta tarefa pode ser difícil e exige uma tomada de consciência sobre o problema e um esforço para não deixar que atuem no momento do diagnóstico e tratamento dos doentes idosos.

Mas a questão da idade tem também um reverso que pode ser a seguinte: dado o aumento da esperança média de vida da população, fazem-se hoje intervenções cirúrgicas que antes não se faziam a partir de determinada idade, o que, havendo má avaliação por parte dos profissionais de saúde dos riscos inerentes à intervenção, pode

⁴² NUNES, R. e PEREIRA DE MELO, H., *Testamento vital*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 59 e 60.

⁴³ NUNES, R. e PEREIRA DE MELO, H. *Testamento vital*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 63.

constituir discriminação e estar sujeito ao regime penal dos tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários.

Ainda faça-se notar a importância da Lei de Saúde Mental (Lei nº 36/98, de 24 de julho, com a redação da Lei n.º 101/99 de 26 de julho) e a necessidade de cumprimento rigoroso dos seus preceitos garantísticos, sobretudo numa época de crise, em que as doenças de saúde mental costumam evoluir em termos de número. No caso dos idosos, chama-se também a atenção para o facto de poder haver situações de fraude/abuso da Lei de Saúde Mental, nomeadamente no caso de internamento compulsivo, para efeitos de aproveitamento dos bens pertencentes ao idoso internado, situações que esperamos que se fiquem apenas pelo campo da hipótese, tendo em conta o papel que os médicos psiquiatras e os juizes desempenham num eventual internamento compulsivo.

4. Conclusões

As comissões de ética desempenham um papel fundamental, no zelar pela observância de padrões de ética no exercício das ciências médicas, por forma a proteger e garantir o primado do ser humano e a dignidade da pessoa humana. A sua previsão legal é extensa e abrange diversos tipos de instituições, desde o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, às comissões de ética para a saúde e à Comissão de Ética para a Investigação Clínica, existindo inclusivamente uma Rede Nacional de Comissões de Ética para a Saúde.

Como valor ético-jurídico a dignidade da pessoa humana possui diversas projeções e é fundamento de direitos fundamentais, como o princípio do acesso equitativo aos cuidados de saúde.

Em relação às crianças, nos ensaios clínicos, coloca-se a questão da obtenção do seu consentimento e nesse sentido, o respetivo enquadramento jurídico internacional e nacional, apontam, para ter em consideração a sua idade e maturidade, em sede de uma autonomia progressiva, numa nova visão, em que é um sujeito de direitos.

Quanto aos idosos, em relação aos quais, se assiste a uma discriminação no acesso a cuidados de saúde, ditada por razões económicas, (sobretudo em situações de doenças crónicas ou incuráveis), vêem-se também atingidos na sua capacidade de decisão que é restringida pelos familiares e instituições, pondo em causa o seu direito à privacidade.

Existem instrumentos jurídicos disponíveis e que foram analisados, para fazer face a este tipo de situações.

Também as políticas públicas que chamem a atenção para o problema do idadismo são muito importantes pois “O envelhecimento da população trará um aumento do número das pessoas idosas e, provavelmente, um aumento das patologias associadas a estas idades. Um maior conhecimento desta realidade, assim como um

acompanhamento mais eficaz dos utentes, pode ajudar a prevenir situações de dependência das pessoas idosas e de sobrelotação dos serviços de saúde no futuro.”⁴⁴

A velhice, embora possa ser um período de vulnerabilidade, não justifica de forma alguma a discriminação, pelo que devemos sugerir esta temática também para a reflexão jurídica a efetuar em termos de comissões de ética.

Referências

- A Convenção sobre os Direitos da Criança*, Comité Português para a UNICEF, Lisboa, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOUVEIA, J. BACELAR *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011.
- MARQUES, S. *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2011.
- MATEUS, T. *Delineamento de ensaios clínicos em grupos especiais: pediatria*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade Fernando Pessoa, 2014
http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4518/1/PPG_21470.pdf (consultada em 29 de julho de 2017).
- MARTINS, R. CÂNDIDO “Poder Paternal vs. Autonomia da Criança e do Adolescente?”, *Lex Familiae- Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7-n.º14, 2010.
- 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.
- NUNES, R. e PEREIRA DE MELO, H. *Testamento Vital*, Almedina, Coimbra, 2011.
- NUNES, R. *Regulação da Saúde*, Vida Económica, Porto, 2005.
- PITA BARROS, P. *Pela Sua Saúde*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2013.
- QUEIROZ, C. *Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, Conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

⁴⁴ MARQUES, Sibila, *Discriminação da Terceira Idade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 90.

VILAÇA RAMOS, H. “Qualidade de vida e envelhecimento”, *Novos Desafios à Bioética*, Coord. ARCHER, L., BISCAIS, J., OSSWALD, W. e RENAUD, M., Porto Editora, Porto, 2001.

VALE, M. do C e OLIVEIRA, G. *Consentimento Informado em Menores*, <http://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Consentimento+Informado+em+Menores/3e12fb83-7a05-4632-baf3-f1a885fb23a5>.

VALE, M. do C. JARDIM PEREIRA do Ensaaios Clínicos em Populações Vulneráveis, <http://www.ceic.pt/documents/20727/57508/Ensaaios+Cl%C3%ADnicos+em+Popula%C3%A7%C3%B5es+Vulner%C3%A1veis/af22ac97-4474-4d0f-98bb-6707920dff28>.

<http://portal.arsnorte.min-saude.pt/portal/page/portal/ARSNorte/Comiss%C3%A3o%20de%20%C3%89tica/Ficheiros/Consentimento+Informado+Doc+Guia.pdf>.

<http://www.ceic.pt/documents/20727/57550/Documento+Orientador+CEIC+sobre+Consentimento+Informado+%28CI%29+para+participa%C3%A7%C3%A3o+em+ensaaios+cl%C3%ADnicos+em+pediatria/15385b28-a792-4f2b-9a57-efc184f7951c>.

<http://www.gddc.pt/siii/docs/oviedo.pdf>

PONDERAR OU NÃO PONDERAR? A QUESTÃO SOBRE A ANÁLISE DA PROPORCIONALIDADE DA DIGNIDADE HUMANA NAS LIÇÕES DE ROBERT ALEXY

PONDER OR NOT TO PONDER? THE QUESTION ON THE ANALYSIS OF THE PROPORTIONALITY OF HUMAN DIGNITY IN THE LESSONS OF ROBERT ALEXY

Maria Mariana Soares de Moura¹

Universidade de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. O conceito de dignidade humana: uma tentativa; 3. A dignidade humana, o conceito “duplo-triádico” de pessoa e a ponte: a concepção de Robert Alexy; 4. Sobre o caráter relativo e absoluto da Dignidade Humana; 5. Entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais; 6. Dignidade humana como princípio: o relativo é ponderável?; 7. Dignidade humana como regra: o absoluto não é ponderável?; 8. A defesa de Alexy sobre a tese da concepção relativa da dignidade humana; Conclusão; Referências.

1. Introdução

Eis a questão: a dignidade humana, na sua concepção jurídico-normativa, admite ponderação e assume a natureza de princípio, passível de relativização ou não é ponderável e assume a natureza de regra considerada, portanto, na sua dimensão absoluta?

Sem dúvidas, a estrutura normativa da dignidade humana traz consigo grandes embates doutrinários e jurisprudenciais. Há muita controvérsia desde a definição do seu conteúdo até a análise das relações conflituosas que se estabelecem entre a dignidade humana com outras normas jurídicas ou mesmo o debate acerca do seu caráter absoluto e/ou relativo, ou ainda, sobre a possibilidade desta norma passar pela análise da proporcionalidade. E é exatamente neste último aspecto que este trabalho se desenvolverá.

A questão que se impõe é muito ampla e, naturalmente, carrega muitas divergências, mas com o intuito de não esgotar a matéria e tão somente contribuir para o debate, as considerações aqui realizadas girarão em torno das concepções do autor alemão Robert Alexy acerca do tema, já que é dele uma das mais reconhecidas contribuições para o desenvolvimento da análise da proporcionalidade e do conceito de ponderação de normas em conflito.

¹ Advogada, mestranda em Direito e Ciência Jurídica pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre. moura.maria@campus.ul.pt.

Para tanto, antes de tudo, apresentar-se-á algumas breves concepções daquilo que se pode definir como o conceito de dignidade humana. Neste ponto, também longe de qualquer consenso acerca da delimitação do conceito de dignidade, se colocará a visão de Robert Alexy, ressaltando o seu ponto de vista por meio do conceito duplo-triádico de pessoa e o tratamento que concede à dignidade humana como um conceito ponte.

Feito isto, é preciso estabelecer a relação entre direitos fundamentais e dignidade humana, importante para o contorno do debate que aqui se coloca. Após, aquilo que se convencionou chamar de concepção absoluta e relativa da dignidade é uma reflexão que merece lugar de destaque porque será ponto de partida para responder à questão da análise da proporcionalidade aqui fixada.

Neste ponto, já se terá o aporte necessário para entender qual é a resposta que melhor se adequa à dignidade humana, nos termos daquilo que leciona Robert Alexy. Por isso, far-se-á uma breve exposição da sua concepção que admite a dignidade humana manifestada como regra e a que a aceita como um princípio, demonstrando a peculiaridade da sua dupla natureza.

Passo seguinte, será demonstrado como que Alexy responde esta questão e as razões pelas quais defende a concepção relativa como a resposta correta, mas “não absoluta”. Isto porque, o autor conclui pela compatibilidade da análise da proporcionalidade com a dignidade humana e a sua concepção relativa, sem portanto, deixar de admitir que é possível que alguns desenvolvimentos da dignidade humana possam se orientar para a concepção absoluta e, portanto, não ponderável.

À guisa de conclusão, o estudo realizado serve para suscitar alguns questionamentos acerca da forma como a dignidade humana está sendo tratada, escusada de qualquer forma de argumentação jurídica dotada de racionalidade e demonstrar que, apesar de valor máximo, fundante de muitas ordens jurídicas, é demasiado pretensioso, dadas as inúmeras situações fáticas que se desdobram em torno disto, considerar que esteja completamente imune a qualquer tipo de restrição ou violação.

2. O conceito de dignidade humana: uma tentativa

Sem dúvidas que definir o conceito de dignidade humana é uma missão de alta complexidade e envolve elementos descritivos e normativos.

A definição para ser completa teria que englobar a moral, cultura, religião e filosofia de cada povo individualmente determinado². Não é objetivo deste trabalho

² Neste sentido, François Borella afirma que o direito deve reconhecer e proteger a dignidade humana, mas não é possível dar uma definição jurídica porque ela representa uma noção filosófica da condição humana. BORELLA, François. *Le Concept de Dignité de la Personne Humaine*. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999, p. 37. Também Fábio Konder Comparato, aduz que a definição de dignidade humana não é tarefa fácil porque comporta respostas

esgotar o conceito de dignidade, entretanto, antes de seguir, é imprescindível ao menos esboçar algumas noções que possam conceituar a dignidade humana, ao passo que realizamos aqui uma tentativa de englobar um conceito que contribua para a compreensão da dignidade humana como se pretende tratar.

São basicamente três vertentes que conglobam o fundamento da dignidade humana: a primeira é a biológica que aduz a presença da nossa sequência de DNA como determinante da dignidade; a segunda trata da sensibilidade, ao alegar que o ser vivo capaz de sentir dor física e emocional será digno, neste enfoque a dignidade não se restringiria aos seres humanos e a vertente que trata da racionalidade, ao sustentar que a dignidade humana é uma característica decorrente do juízo moral, ou seja, o ser que pode discernir entre o bem e o mal é digno.

Esta última, também conhecida como fundamento kantiano é repetidamente adotada e se traduz na afirmação de que a autonomia é a base da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional³. Além disso, salienta a noção do homem como um fim em si mesmo e não como meio para a satisfação da vontade alheia⁴. A lição de Kant traz também a ideia de que a dignidade humana se sobrepõe a todos os preços, já que não há no mundo material nenhuma quantia que possa pagar por ela⁵.

Nesse sentido, a dignidade humana seria um bem inalienável e está acima da autonomia da vontade, quando o seu exercício restar em uma forma de subjugação ou degradação da pessoa. Nesta concepção, o objetivo é a delimitação dos bens jurídicos que delimitam a existência humana e são imprescindíveis para a autodeterminação do indivíduo, afastando qualquer tentativa de coisificação.

O que é importante manter assente é que a dignidade humana é para todos os indivíduos, independentemente de qualquer ato, uma qualidade inata⁶ e não depende de reconhecimento jurídico algum para existir. Com isto, para verificar uma violação da dignidade no sentido colocado por Kant, basta constatar que uma pessoa sofreu a redução da sua condição de sujeito de direito para um objeto. Aqui, a dignidade humana é uma limitação ao Estado e à sociedade, e, portanto, um conceito absoluto que não admitiria ponderação.

desde a esfera religiosa e filosófica até a científica. Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 01.

³ KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. In: PASTERNAK, Lawrence. Immanuel Kant: *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. New York: Routledge, 2002, p. 56.

⁴ Ibidem, p. 55.

⁵ Ibidem, p. 62.

⁶ Em sentido contrário é o pensamento de Jürgen Habermas, ao afirmar a dignidade humana como uma espécie de inviolabilidade que assume significado somente nas relações interpessoais de mútuo respeito, oriundas da igualdade de direitos nas relações entre as pessoas. Neste sentido, a dignidade humana (no sentido moral e legal) tem a ver com uma simetria relacional e não seria um valor ou um atributo nato do ser humano, mas uma tarefa realizada pelo indivíduo, deixando ao Estado prestar as condições para que esta tarefa se concretize. HABERMAS, Jürgen. *The Future of Human Nature*. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003, p. 33.

Não é esta a opinião de Benedetto Croce e Pérez-Luño que optam por destacar a dignidade humana num contexto histórico cultural, onde é tida como o produto de gerações, fundamentada nas necessidades humanas de cada sociedade, resultado de um consenso social⁷. O estado e a sociedade devem respeitar e proteger qualquer forma de violação. Assim, ainda que assuma caráter universal, a dignidade possui uma referência cultural relativa⁸ o que a define como um conglomerado de direitos variável no tempo e no espaço e conforme o contexto cultural.

Tratar a dignidade humana na sua dimensão cultural é dizer que esta é uma tarefa de todos os atores sociais em busca de oportunizar o desenvolvimento de cada indivíduo, conforme a cultura e o contexto histórico que está inserido. Aqui, a dignidade humana é relativa, pois tratada como princípio ou, nos termos de Robert Alexy, mandado de otimização⁹ que, por conseguinte, seria passível de ponderação.

Porém, a adoção de somente uma dessas concepções seria sempre incompleta. Ou porque nem todos possuem a sequência de DNA, ou porque nem todos são sensíveis, ou ainda, nem todos possuem uma capacidade intelectual de discernimento.

A posição defendida é a de que a proteção jurídica da dignidade humana não pode se restringir à proteção da autonomia e deve, por sua vez, ser considerada em conjunto com outras fundamentações, capazes de ampliar a base empírica, já que em determinadas circunstâncias algum fundamento se adequará melhor que o outro.

A dignidade humana também pode ser compreendida na sua dimensão dupla, como limite e tarefa do Estado. Limite quando impede que qualquer medida implique na coisificação do indivíduo e, desse modo, impõe uma regra, absoluta e não ponderável. De outro modo, a dignidade pode ser também tarefa, porque impõe aos órgãos estatais e à sociedade ações de promoção e proteção por meio da viabilização de condições materiais e emocionais, dentro das individualidades de cada povo. Como tarefa, é tomada numa função de princípio e, por isso ponderável¹⁰.

⁷ CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 17-19 e PÉREZ-LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos Humanos en la sociedad democrática*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 48.

⁸ HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 e. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116-118.

3. A dignidade humana, o conceito “duplo-triádico” de pessoa e a ponte: a concepção de Robert Alexy

Apesar de relevante analisar algumas formas de concepção da dignidade humana, importa aprofundar na concepção adotada por Robert Alexy, partindo do conceito de “duplo-triádico de pessoa”¹¹.

Basicamente o que Alexy elenca são os requisitos para alguém ser considerado pessoa. Para tanto escolhe três condições que devem ser atendidas por dois turnos seguidos e dividem-se em: (i) inteligência, (ii) sentimento e (iii) autoconsciência. Nenhuma das condições sozinhas definem uma pessoa, nem tampouco a combinação de duas condições, mas sim as três em conjunto.

Para Alexy, a autoconsciência é definida pela reflexividade que, por sua vez, se divide também em três elementos e pode ser (i) cognitiva, (ii) volitiva e (iii) normativa.

A cognitiva tem relação com o autoconhecimento, a pessoa é o objeto do conhecimento, que tem como pilar a certeza de que o indivíduo nasce e morre. Este viés cognitivo não é, todavia, suficiente para definir uma pessoa como tal. Para tanto, é imprescindível conjugar a noção volitiva e normativa da autoconsciência. A primeira se define como a capacidade de direcionar o comportamento por meio de atos de vontade e a última trata da auto-avaliação, ou seja, o que se coloca é o fato de uma ação realizada ou que queira se realizar ser certa ou errada e “se a vida que se leva seja, ou foi uma vida boa, conforme a dimensão da autonomia kantiana”¹².

Portanto, para alguém ser considerado pessoa, é preciso que passe no teste da inteligência, sentimento e autoconsciência ou reflexividade. Presentes todos estes requisitos, é necessário, ainda que se verifique se a autoconsciência se manifesta na sua forma cognitiva, volitiva e normativa. Até esta etapa, revela-se o aspecto descritivo da dignidade humana.

A dimensão normativa, por sua vez, é a conexão entre o conceito de pessoa e o de dignidade humana, expressa pela sentença: “todas as pessoas possuem dignidade humana”¹³.

¹¹ ALEXY, Robert. “Data y los derechos humanos. *Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona*”, in: ALEXY, Robert et FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Star Trek y los derechos humanos*. Valencia: tirant lo blacnh, 2007, 94-100 apud ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38.

¹² ALEXY, Robert. SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade*. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 171.

¹³ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38.

Todavia, esta relação não demonstra explicitamente a dimensão normativa da dignidade humana. Nas lições de Alexy¹⁴, muitas são as formas de exteriorizar o direito de dignidade humana de maneira normativa. Aqui, nos atemos à dignidade humana como uma ponte para conectar o conceito de pessoa com o conceito de direitos e se exterioriza da seguinte forma.

Retira-se da sentença “todas as pessoas possuem dignidade humana” que:

- (i) *A dignidade humana confere a todos os seres humanos o direito de serem levados a sério como pessoas.*

Desta formulação que une os conceitos de dignidade humana, de pessoas e o do direito de ser levado a sério, a dignidade humana pode ser facilmente ocultada, já que neste raciocínio, a dignidade humana é um “conceito ponte” de conexão entre o empírico e o normativo, é ela quem liga o conceito descritivo de pessoa com o conceito normativo que é o direito de todos os seres humanos serem levados a sério como pessoas, não sendo necessário, por conseguinte que esteja explícita¹⁵.

Robert Alexy conclui, portanto, que a formulação correta seria aquilo que convencionou chamar como uma norma operativa da dignidade humana, qual seja:

- (ii) *Todos os seres humanos têm o direito de serem levados a sério como pessoas.*

A dignidade humana aparece na primeira formulação, mas é facilmente suprimida na segunda, sem perder sua essência. Por esta razão é um conceito que serve como ponte de ligação entre um conceito empírico (pessoa) e um conceito normativo (o direito de serem levados a sério como pessoas). Esta característica, para Alexy, é importante para definir a direção de um dos maiores questionamentos que circundam a análise da dignidade humana: é possível ponderá-la ou não?

4. Sobre o caráter relativo e absoluto da Dignidade Humana

Uma das discussões mais acaloradas em torno da dignidade da pessoa humana¹⁶ é a controvérsia acerca da sua natureza absoluta ou relativa. Este debate vai interessar-nos ao longo desse estudo, no sentido de que as respostas dadas estão ligadas à definição do caráter ponderável e/ou imponderável da dignidade humana.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Neste estudo, as expressões “dignidade da pessoa humana” e “dignidade humana” serão tratadas como sinônimos.

Isto porque, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy¹⁷ trouxe à baila o método da ponderação de bens, desafiando a corrente tradicional que trazia a dignidade da pessoa humana como valor absoluto.

Conforme a definição absoluta, a dignidade humana seria uma norma jurídico constitucional que sempre tem precedência sobre as outras normas em todos os casos. Desse modo, não era possível, que se realizasse a metodologia da ponderação de bens, já que qualquer interferência sobre a dignidade humana implicaria, necessariamente, uma violação à dignidade e, ainda que justificada, seria impossível impor qualquer intervenção sobre ela. Os valores que se opõem à dignidade deveriam, portanto, infalivelmente ceder.

Por outro lado, se definirmos a dignidade da pessoa humana como um valor relativo, ela será ponderável e sujeita a não prevalecer em todo e qualquer caso, de modo que a intervenção deverá passar pela análise da proporcionalidade, ou seja, deverá no conflito normativo, ser apurado qual dos valores em causa, seja a dignidade da pessoa humana ou o outro valor contrário, apresenta maior peso e deva prevalecer no caso concreto.

A ambivalência do debate ultrapassa as quimeras teóricas e adentra o aspecto prático da jurisprudência. Isto se pode afirmar em uma breve análise do Tribunal Constitucional Federal alemão, famoso pelas divergências no tema. Por exemplo, em 1973, numa emblemática decisão acerca das gravações secretas, o Tribunal afirma que a dignidade humana define um núcleo de proteção absoluta da autodeterminação privada e impõe a ligação da proteção absoluta com o conceito de ponderação aduzindo que mesmo ao atender os interesses públicos, não é justificável uma violação ao núcleo de proteção absoluta da autonomia privada de modo que não poderá ocorrer nenhuma ponderação determinada na análise da proporcionalidade¹⁸.

Nesse contexto, Robert Alexy questiona o Tribunal. A começar pela afirmação de que a dignidade humana prevalecerá sobre os outros valores em conflito ainda que não fosse o valor de maior peso. Em sua teoria dos direitos fundamentais, isto redundaria numa contradição.

Por outro lado, em 1977, o posicionamento do mesmo Tribunal sobre a prisão perpétua defendia que a dignidade humana não seria violada na hipótese em que colidisse com o princípio da segurança pública e fosse resolvido por meio da ponderação, a fim de verificar qual teria prevalência no caso concreto¹⁹.

É pertinente relacionar aqui um outro caso que demonstra a relação entre proporcionalidade e dignidade humana. Em 1978, a decisão diz respeito à possível violação da dignidade humana do acusado que tenha deixado o cabelo e a barba

¹⁷ALEX, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34, 238 (245).

¹⁹Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 45, 187 (242).

crecerem, e, por força da confrontação com as testemunhas, seja obrigatoriamente compelido a retornar às suas características físicas originais, sob o fundamento de que o resultado da confrontação poderia ser alterado.

Em resposta, o Tribunal utiliza três argumentos principais para instituir a não violação da dignidade da pessoa humana nesta hipótese: a primeira decorre da intervenção ser de baixa intensidade, o que nos remete a aspectos da análise da proporcionalidade; a segunda define que é interesse público esclarecer crimes, razão pela qual é posta a dignidade em ponderação com o interesse público e o último diz que a intervenção não está relacionada com a degradação ou humilhação do ser humano²⁰.

O que se depreende desta decisão é basicamente que a violação da dignidade humana tem a ver com as razões que levaram a ocorrência do ato. Isto significa que outras circunstâncias, como a preferência da juíza do caso de olhar para homens sem barba e de cabelo curto porque isso a deixaria incomodada por fazer lembrar seu ex-namorado, poderiam demonstrar que a medida era desproporcional e uma razão como esta levaria à uma violação latente da dignidade humana.

Tudo para dizer que a verificação das razões e contrarrazões adotadas são, por essência, o que constitui a proporcionalidade e, portanto, neste entendimento, a dignidade humana seria passível de ponderação.

Basicamente, as distinções que definem o caráter absoluto ou relativo da estrutura da dignidade humana giram em torno da questão central que se coloca aqui: ponderar, se relativa ou não ponderar, se absoluta?

Até agora, viu-se que a jurisprudência constitucional alemã não tem respostas em um sentido ou noutro, da mesma forma outras cortes constitucionais, como a brasileira, estão distantes de qualquer consenso acerca do tema.

A discussão doutrinária também está longe de alcançar um denominador comum, razão pela qual a questão se torna abrangente e nos induz a optar pela análise do entendimento e opinião de apenas um autor sobre o assunto: Robert Alexy.

5. Entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

Igualmente à querela que se enuncia acerca do caráter absoluto e relativo da dignidade, é também objeto de intenso debate a relação que se estabelece entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.

O que é corriqueiro na cultura doutrinária, especialmente a brasileira, é encontrar a definição de direitos fundamentais como uma concretização direta do princípio da dignidade humana.

²⁰ Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 47, 239 (247).

A dignidade humana, nessa linha é apresentada como uma cláusula aberta, na condição de valor fundamental do ordenamento jurídico e concede aos direitos fundamentais, valor, unidade e coerência, além de ser também um critério interpretativo do ordenamento constitucional²¹.

Todavia, há controvérsias em torno destas afirmações. O que é necessário esclarecer é que os direitos fundamentais não possuem o mesmo conteúdo em dignidade, já que ela pode se concretizar em cada direito fundamental em diferentes graus de intensidade, inclusive, pode haver direito fundamental que não tenha conteúdo algum em dignidade²².

Segue este raciocínio, o professor Vieira de Andrade ao afirmar que a medida de vinculação dos direitos fundamentais à dignidade humana não é a mesma em todas as hipóteses, de modo que alguns direitos são decorrentes em primeiro grau da ideia da dignidade e outros são destes decorrentes²³. Não há, neste sentido, uma vinculação necessária e direta entre dignidade e direitos fundamentais, dada a variedade do conteúdo de dignidades nestes direitos²⁴.

A postura adotada por André Ramos Tavares na tese da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem reforça a ideia de que nem todos os direitos fundamentais tem seu fundamento direto na dignidade da pessoa humana²⁵.

Desta maneira, se demonstra incorreto apelar para a dignidade humana a fim de estabelecê-la como um critério específico para identificar os direitos fundamentais.

Nesta relação entre a dignidade e os direitos fundamentais, é importante tomar nota de que aquela é consagrada como limite a estes, mas ao mesmo tempo é também limite a estes limites.

Assim, a dignidade humana estabelece não somente que é imprescindível restringir direitos fundamentais, no âmbito da renúncia a direitos personalíssimos nas

²¹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 66-67.

²² É discutível a afirmação de que todos os direitos fundamentais buscam seu fundamento imediato de maneira igual na dignidade da pessoa humana, porque aqueles seriam apenas suas concretizações parciais, bem como devido seu extenso catálogo na Constituição brasileira e as peculiaridades de algumas normas de direitos fundamentais. Porém, é importante frisar que isto não afasta a dignidade como princípio estruturante que incida sobre a interpretação dos direitos fundamentais em geral e até mesmo sobre a análise da proporcionalidade em casos que envolvam o conflito de direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 93 e ss.

²³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101-2.

²⁴ É também esta a orientação de José Melo Alexandrino, *A Estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2006, p. 325 e ss.

²⁵ RAMOS TAVARES, André. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais da dignidade do homem. In: *Revista brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, jul./dez. 2004, p. 232 e ss.

relações entre particulares, mas também simultaneamente, que estas intervenções não podem atingir o seu núcleo essencial²⁶ e devem preservar o conteúdo em dignidade humana, quando houver²⁷.

O fato de que a dignidade da pessoa humana estabelece uma relação caracterizada pela concorrência e colisão com os direitos fundamentais é algo mais que remete-nos à questão acerca da possibilidade de se estabelecer ou não alguma forma de limitação à dignidade humana, dando espaço para admitir sua ponderação.

6. Dignidade humana como princípio: o relativo é ponderável?

Robert Alexy traz na sua teoria a possibilidade das normas se subdividirem em regras e princípios. Ao desenvolver esta proposta, o autor alemão defende a ideia de que o conflito entre princípios não é resolvido a partir da invalidação do outro princípio colidente, como é visto no caso das regras, mas a partir da ideia de que devem ser ponderados e, somente no caso concreto, verificar qual deles tem o peso prevalecente.

Tendo isto em conta, exsurge a dúvida: a dignidade humana é uma regra ou um princípio?

E este é um ponto fulcral do debate, já que, se considerarmos nos termos da teoria alexyana, a dignidade humana como um princípio, então, deve-se admitir a possibilidade de sua ponderação com outro princípio e, por outro lado, caso seja tratada como regra, seria um conceito definitivo e, portanto, não ponderável.

A dignidade humana como princípio remete-se à “amplitude conceitual e à abrangência deontica desempenhada por um princípio constitucional fundamental”²⁸. Na visão do autor tedesco, os princípios são normas que impõem que algo seja realizado na maior medida possível considerada as possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, por isso, são considerados mandamentos de otimização²⁹. Neste sentido, a dignidade humana seria um princípio e a elaboração de regras de garantias da dignidade humana, derivações deste princípio.

Neste aspecto, considerando a dignidade humana como um conceito ponte, conforme já foi enunciado anteriormente, a norma operativa que dela se pode retirar, expressa o conteúdo da garantia da dignidade humana e enuncia o direito de todos os

²⁶ Embora nem todos os direitos tenham um núcleo em dignidade, todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101-102.

²⁸ SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 182.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

seres humanos serem levados a sério como pessoas. Esta norma, conclui Alexy, é capaz de ser objeto de balanceamento e, portanto, a dignidade humana também o é.

Explica-se. A interferência no direito de poder ser levado a sério como pessoa, para Alexy, pode variar de intensidade. Para melhor compreensão desta inferência, Alexy traz o caso da prisão perpétua.

Perceba que na hipótese de prisão perpétua em que esteja ausente uma regulamentação legal sobre a recuperação da liberdade após o cumprimento de um certo período de tempo causa uma intervenção bem maior sobre o direito de ser levado a sério como pessoa do que a prisão perpétua que prevê esta recuperação, ou ainda, nos casos em que o prisioneiro representar perigo contínuo, o princípio da segurança pública terá um peso superior àqueles em que o prisioneiro não oferece este perigo.

Os elementos da fórmula do peso: a intensidade de intervenção, os pesos abstratos dos princípios e a confiabilidade epistêmica, ajustam-se a estas situações e, portanto, determinam a possibilidade de balancear e aplicar o princípio da proporcionalidade aos conflitos que, como estes, envolvem a colisão com a dignidade humana.

O que se considera é que em razão disso, as pessoas podem “ser levadas a sério” em diferentes graus, sendo que a dignidade humana, como princípio, impõe que sejam levados a sério na maior medida possível.

A relativização da dignidade da pessoa humana se impõe também quando se considera a dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana. Se todas as pessoas são igualmente dignas e devem se respeitar reciprocamente, coloca-se a possibilidade de um conflito direto entre dignidades de pessoas diferentes, impondo a concordância prática de Hesse, ou seja, a ideia de que os bens jurídicos constitucionais devem ser aplicados na solução de casos concretos com a finalidade de preservar a sua efetividade, de forma que, nas colisões, um não deva ser utilizado em detrimento do outro, mas sim que cada um seja otimizado, com a finalidade de assegurar o máximo em eficácia e efetividade. A concordância prática, por sua vez, implica a ponderação dos bens em conflito, nesta hipótese, da própria dignidade³⁰.

Na mesma linha é quando a dignidade da pessoa humana cede em relação a valores sociais mais relevantes, especialmente quando envolver salvaguardar a dignidade dos outros integrantes da comunidade. Na prática, as relações sociais impõem frequentemente situações em a dignidade de uma pessoa é violada por outros e isto leva ao questionamento acerca do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de admitir eventuais limitações.

³⁰ Sobre o princípio da concordância prática, veja-se Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg p. 28.

A título de ilustração, o encarceramento de alguém em prisão com condições desumanas e degradantes de superlotação constitui claramente uma violação da dignidade humana. A prisão, por outro lado, está relacionada com a proteção à vida, liberdade e outros valores que envolvem a dignidade dos demais indivíduos da comunidade. Não se pode, por conseguinte, alegar que a prisão do condenado seja impossível em razão da sua dignidade pessoal estar violada.

Na esteira de Alexy, o princípio da dignidade humana é passível de relativização por admitir a realização em diferentes graus. Ainda que a dignidade seja o valor supremo do ordenamento jurídico isto não implica por si, que é absolutamente imune a intervenções restritivas e deva prevalecer em todo e qualquer caso quando em conflito com os princípios e direitos fundamentais.

O que se pretende reconhecer é a sua posição privilegiada no estabelecimento da solução do conflito com outros princípios e direitos fundamentais e isto pode ser visto como já mencionado anteriormente, também nas variáveis da fórmula do peso, especialmente quando se atribuem valores aos pesos abstratos dos princípios e, em geral, é conferida à dignidade da pessoa humana o maior peso abstrato, dada a sua posição de operador deontológico especial, conformador, orientador e limitador da solução do caso concreto, ainda que não esteja diretamente envolvido no conflito³¹.

Não se dispensa, todavia, um juízo de ponderação quando se verifica um conflito entre pessoas igualmente dignas, até mesmo para fins de solução do caso concreto³², porém, isto não autoriza a ferir a dignidade humana como valor permanente, insubstituível, pertencente a cada ser humano que é, neste sentido, uma dimensão não ponderável e absoluta da dignidade.

Sobre isto é importante trazer à baila um ponto: alegar que um princípio preceda aos demais, não significa dizer que ele é absoluto, mas que quase não há razões legais e constitucionais capazes de interferir a preferência em relação à dignidade da pessoa sob certas condições e de qualquer modo, para Alexy, a precedência da dignidade deve ser justificada racionalmente. Isto não exclui, repise-se, a possibilidade de restringir a dignidade caso haja razões justificadas para tanto³³.

³¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 108.

³² Sobre o tema cfr. Capítulo VI e VII, em REIS NOVAIS, Jorge. *Dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*. Vol. II. Almedina: Coimbra, 2016, p. 201 e ss.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 74.

7. Dignidade humana como regra: o absoluto não é ponderável?

Sob o olhar das lições do autor tedesco, a dignidade humana, por sua vez, encontra-se garantida simultaneamente tanto como princípio quanto por regras³⁴.

Na condição de princípio é admissível a ponderação em relação a outros interesses constitucionalmente protegidos. Na sua dimensão como regra, a dignidade é como um limite para algumas condutas, segundo as quais a ordem jurídica não permite exceção, razão pela qual é impossível recorrer a um juízo de ponderação. A concepção de regra da dignidade humana pode ser reconhecida quando se questiona acerca da sua violação e não da sua precedência a outras normas³⁵.

A primeira impressão disto, nas lições de Nils Teifke, é considerar que como regra “a dignidade humana seria insusceptível de ponderação”³⁶. Designadamente, a dignidade humana teria preferência em todas as ocasiões de conflito de normas, caso isso não ocorresse, então ela deverá ser inválida.

Exemplo disso é a manifestação da dignidade humana como regra no art. 1.1. da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 que enuncia o seu caráter inviolável³⁷. Esta afirmação, todavia, gera um sentido absoluto da dignidade, que se comporta como regra. A regra só é violada se o princípio da dignidade humana é colocado em confronto com outro e prevalece sobre ele, como no exemplo da segurança pública e da prisão perpétua.

Contrário a isso, remetemo-nos à objeção de Teifke acerca da regra da dignidade que carece de conteúdo de fixação e não teria significado independente, de forma que a vagueza da norma não fosse capaz de determinar definitivamente a posição que deveria ser adotada na solução do caso concreto. A falta de conteúdo de fixação é uma característica infensa aos princípios e não às regras³⁸.

Alexy concorda com esta alegação de que a regra da dignidade humana não tem significado independente e aduz que “o conteúdo do nível de regra depende diretamente do conteúdo do nível de princípio”³⁹.

³⁴ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights* (trad. Julian Rivers). 1ª ed., 1985, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 6

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 107

³⁶ TEIFKE, Nils. *Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental*. Trad. por Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.) *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171.

³⁷ O artigo 1.1 da Lei Fundamental alemã e o artigo 1 da Carta Europeia dos Direitos Humanos dizem: “a dignidade humana é inviolável”.

³⁸ TEIFKE, Nils. Op. Cit. p. 173.

³⁹ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 29.

Assim, para o autor, conceber a dignidade como regra é possível, porém se manifestaria como uma concepção vazia. Essencialmente, isto ocorreria pelo fato de que a característica determinante da estrutura normativa da dignidade da pessoa humana é a sua situação de princípio e, por esta razão “apenas a concepção relativa pode ser correta”⁴⁰.

Para ilustrar esta situação, o exemplo mais comum dado pela doutrina é o da proibição da tortura. No caso do direito brasileiro, a tortura é vedada por uma regra de direito fundamental específica (art. 5º, III, Constituição Federal)⁴¹. A prática da tortura é, por óbvio, incompatível com a dignidade da pessoa humana e traz uma discussão interessante acerca da existência de direitos absolutos que sejam totalmente imunes a uma intervenção restritiva.

A regra da tortura traz em seu núcleo essencial o princípio da dignidade da pessoa humana. Proibição da tortura traz em si uma concepção tratada como absoluta, que não admite a ponderação com outras regras e princípios, mas garante, ainda assim, alguma margem de flexibilidade na definição do conceito de tortura e de tratamento desumano e degradante.

Isto, no entanto, não significa que com a finalidade de salvar a vida de outros, seja possível ponderar as dignidades e determinar como legítima a prática da tortura⁴². Este exemplo da vedação da tortura expressa a função da dignidade como cláusula de barreira da intervenção do Estado e uma segurança da proteção da pessoa e sua dignidade contra terceiros, mas ao mesmo tempo, se mostra insuficiente na sua concepção de regra absoluta, porque demonstra que, ainda em situações muito específicas, impõe que pode levar a necessidade de assumir uma ponderação desta regra.

Mesmo em situações de escolha trágica (como a da tortura de um terrorista para desativar a bomba que mataria milhares de pessoas ou do abatimento do avião sequestrado para ser utilizado como arma), ainda se admite que restringir a dignidade humana é violá-la e ir contra o ordenamento jurídico, dado que a dignidade humana seria absoluta e intocável.

Todavia, vale trazer à discussão que o que é absoluto em matéria de dignidade é uma concepção aberta, longe de consenso, cuja definição dependerá do intérprete e da própria situação sociocultural do indivíduo para adquirir contorno concreto. Então, é aquilo que será considerado como proteção e agressão da dignidade que viabilizará uma

⁴⁰ ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 30. Anteriormente, sobre este aspecto, Alexy admitia, inclusive, uma excepcionalidade na sua teoria admitindo a ponderação de regras quando a dignidade era assim concebido, sem negar o seu caráter absoluto. Cf. ALEXY Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993, p. 108.

⁴¹ Constituição da República Federativa Brasileira, 1988, Art. 5º, *III* - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

⁴² Em sentido contrário, POSNER, Richard. Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency, Oxford University Press, 2006, p. 77 e ss.

resposta mais clara em relação a questão do seu caráter absoluto/relativo e, por conseguinte, não ponderável/ponderável.

8. A defesa de Alexy sobre a tese da concepção relativa da dignidade humana

Esta concepção que concebe a dignidade humana como um princípio que pode ser relativizado sofre duras críticas concentradas na tese de que adotar concepção relativa causa uma desvalorização da dignidade humana. Por conseguinte, se a dignidade pode em tudo ser relativizada, seria menosprezada à condição de um ponto de reflexão. É o que Robert Alexy convencionou chamar de objeção de desvalorização.

Contrário a esta crítica, o autor apresenta quatro argumentos:

O primeiro faz menção aos casos ordinários em que há uma evidente certeza normativa acerca da prevalência da dignidade humana sobre os princípios em colisão. Ou seja, quando é indubitável a violação da dignidade. Conforme a regra de concorrência de princípios, a precedência da dignidade humana significa que algumas regras concretas têm condições que expressam um “forte grau de certeza normativa” como prótases e “as exigências da dignidade humana como apódoses”⁴³.

Com isso, a afirmação de Alexy é a de que as regras concretas ensejam uma subsunção e, somente em casos extremos se admitirá a ponderação ou o balanceamento da dignidade, de modo que a crítica de que a relativização tornaria tudo possível não seria verdadeira.

O próximo argumento contrário à crítica da desvalorização utiliza a Fórmula do Objeto e aduz que não é compatível com a dignidade humana que um ser humano seja tratado como um mero objeto ou ainda que o ser humano dever agir “de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”⁴⁴.

Não é um impedimento concreto do tratamento do ser humano como objeto em algum grau, porém, não permite que a característica do ser humano como sujeito seja violada na sua essência. Nesta situação, o princípio da dignidade humana teria precedência sobre todos os princípios que se confrontarem com ele, a ação de fazer dos seres humanos um objeto é um conceito abstrato e também uma condição abstrata de precedência, em contraponto à precedência nos casos onde a violação da dignidade é clara, que é concreta. Porém, sejam concretas ou abstratas, as condições são aplicáveis à

⁴³ ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 31.

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

regra dos princípios colidentes, porque estabelecem uma relação condicional de precedência.

Alexy leciona que a fórmula do objeto é “uma regra abstrata cuja abstração permite resolver um certo número de casos, por meio da subsunção”⁴⁵. Por sua vez, esta condição contribui para garantir estabilidade à dignidade humana. Mas, quando somos colocados frente a uma situação sem esse grau de clareza, se alguém se vê tratado como um mero objeto, “o recurso ao balanceamento se torna indispensável”⁴⁶.

Outro argumento contrário à objeção de desvalorização tem a ver com o peso abstrato do princípio da dignidade humana e os valores da confiabilidade epistêmica⁴⁷. O valor abstrato da dignidade humana, quando colocada na fórmula alexyana é elevado, assim como a confiabilidade epistêmica conferida a esse princípio.

Quando se tem uma situação de escolha trágica, como a da tortura, a do avião sequestrado por terroristas usado como arma, os valores em torno da confiabilidade empírica e normativa⁴⁸ do lado da dignidade humana são os mais altos. Desta forma, se colocadas todas as variáveis a favor da dignidade humana, nestas hipóteses, elas possuirão o valor máximo e uma intervenção sobre ela só seria permitida quando as variáveis do princípio colidente também tiverem o valor máximo. Esta situação, todavia, só é possível em casos raros. Nos outros, a intervenção sobre a dignidade humana será desproporcional, o que afasta a ideia de desvalorização da dignidade.

O último argumento contrário à desvalorização é o da racionalidade e diz basicamente que não há outra alternativa mais vantajosa e racional para substituir o balanceamento quando se refere à garantia da dignidade humana.

O fato da garantia da dignidade humana ter o *status* da mais alta norma do sistema jurídico, faz com que ela tenha um protagonismo na interpretação das normas de nível inferior. Porém, quando é ela objeto de violação por uma norma de hierarquia inferior, a norma menor não pode ser argumento para justificar a violação da norma de nível mais alto se ambas forem tratadas como regras. Já caso se trate de princípio, o balanceamento é possível e a ponderação é uma forma de argumentação jurídica racional capaz de expressar a racionalidade necessária para afastar qualquer forma de intuição da

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Representados na fórmula do peso não refinada tradicional por W_i (peso abstrato) e R_i (confiabilidade epistêmica) pela dignidade humana e pelas variáveis W_j e R_j no lado do princípio colidente.

⁴⁸ “O ponto decisivo é que a confiabilidade é um fator que não se refere às coisas – na hipótese, à intensidade de intervenção dos pesos abstratos. Vale dizer, não é um fator ôntico, ou seja, relacionado ao domínio dos seres, mas, ao contrário, é um fator que se refere ao seu conhecimento das coisas. Ou seja ele é um fator epistêmico. As variáveis R_i e R_j devem portanto ser entendidas como a se referir a premissas normativas e empíricas” (ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 21.

dignidade humana. Esta seria, para Alexy “mais uma prova de que a concepção relativa da dignidade humana pode ser correta”.

Conclusão

Na esteira de Alexy, a dignidade abrange variações de realizações diferentes, o que já pressupõe a sua relativização, mas sem que isso importe no sacrifício da dignidade. Assim, a dignidade como uma norma de direito fundamental possui um núcleo essencial e somente este seria intocável, inclusive na hipótese de se admitir um balanceamento da dignidade de pessoas diferentes.

Desse modo, o que se coloca é que não se deve confundir a ideia de que é necessário harmonizar no caso concreto a dignidade na sua condição de norma-princípio (a qual como já mencionado anteriormente admite a realização em diversos graus) com outros princípios e normas de direitos fundamentais com os casos em que a dignidade se manifesta como regras impeditivas e proibitivas de certas condutas, na proibição da tortura, das penas cruéis.

Pelo visto, a relativização é algo que não se consegue afastar da dignidade humana e que promove, de certo modo, a igual dignidade e a proteção de todos. Sem esquecer de destacar que antes de ser considerada como princípio ou regra, a dignidade é o valor máximo e insubstituível reconhecido no ser humano, que o coloca na condição de titular de direitos humanos e fundamentais e mesmo que esta dignidade não possa ser violada ou sacrificada não significa que, no nível normativo, não seja possível admitir a relativização quando em conflito o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, ainda que não se admita a ponderação da dignidade humana em face de outros bens e direitos fundamentais, há uma relatividade que se demonstra a partir da necessária análise de em cada caso concreto verificar a existência ou não de uma restrição da dignidade e também de situar o âmbito de proteção da norma que consagra essa dignidade, sem deixar de assentar que, em último caso, a dignidade está vinculada à decisão dos órgãos competentes e defini-la está relacionado a impor limites a ela⁴⁹.

De todo o exposto, é bom deixar assente que a dignidade, como um conceito é independente de uma concepção fechada, não podendo servir para a “imposição constitucional de qualquer absolutismo valorativo”⁵⁰. Portanto, o que se tem é que tanto na dimensão de princípio, como na de regra, o conceito de dignidade da pessoa humana não atua como absolutamente afastado de qualquer restrição.

⁴⁹ MAURER, Beatrice, Notes sur le respect de la dignité humaine...ou petite fugue inachevée autor d'un thème central in: *Alain Sériaux et. Allii. Le Droit, Le Médicine et L'etre Humain*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1996, p. 187.

⁵⁰ MACHADO, Jônatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 358.

Isto porém, não significa dizer que a dignidade perca a sua fundamentalidade e significação no ordenamento jurídico. Ao contrário, a possibilidade de ponderar a dignidade, para que, como acontece na maior parte dos casos, prevaleça sobre as normas e bens que com ela conflitam, serve para confirmar e legitimá-la ainda mais.

Aqui, o que se coloca é achar um equilíbrio entre o absoluto e “imponderável” e o relativo e “ponderável”. Nenhum nem outro, mas os dois compreendidos como num ciclo em que em conjunto respondem à dinâmica ampla de situações da em torno da dignidade humana que, na sua condição de norma jurídica, tem a finalidade de proteger e promover.

Disto tudo, não se pode conceber a teoria normativa de Alexy como autorizadora da utilização da dignidade humana como uma “artimanha jurídica”⁵¹, ao ponderá-la sem se quer definir o seu conteúdo para assegurar o caráter definitivo da regra da dignidade e sem justificar de forma racional as razões de sua precedência sobre quem com ela conflita.

Um ponto de acerto na resposta de Alexy é não admitir como absoluta a ideia de que a concepção relativa e a ponderação da dignidade humana é solução correta para a questão, mas antes harmonizar ao admitir que, ao mesmo tempo, é possível também que a dignidade humana assuma em certo ponto um caráter absoluto e não seja ponderável⁵².

Por óbvio, o tema vai muito mais profundamente considerando toda a jornada científica que o autor Robert Alexy desenvolveu sobre o questionamento aqui imposto, mas busca contribuir para o debate, sem pretensão de se esgotar nas breves considerações aqui expostas.

Referências

ALEXANDRINO, José Melo. A Estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. II, Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXY Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1993.

⁵¹ D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. MARTONIO, Mont'Alverne Barreto Lima. A dignidade humana: princípio, regra ou artimanha? In: ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 141.

⁵² “Minha tese é de que a concepção relativa é, de fato, a correta, mas que existem alguns desdobramentos da dignidade humana que se encaminham na direção da concepção absoluta”. Cfr. ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 17.

- _____. “Data y los derechos humanos. *Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona*”, in: ALEXY, Robert et FIGUEROA, Alfonso Garcia. *Star Trek y los derechos humanos*. Valencia: tirant lo blanch, 2007
- _____. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1ª ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 13-38.
- _____. Direitos fundamentais como direitos subjetivos e como normas objetivas. In: Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade*. In: _____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 165-178.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BORELLA, François. *Le Concept de Dignité de la Personne Humaine*. In: PEDROT, Philippe (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999.
- BOROWSKI, Martin. *La restricción de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
- D’ÁVILA LOPES, Ana Maria. MARTONIO, Mont’Alverne Barreto Lima. A dignidade humana: princípio, regra ou artimanha? In: ALEXY, Robert. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 123-142.
- DAN-COHEN, Meir. *A Concept of Dignity*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1468031>, acesso em: 20/07/2017.

- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. *The Future of Human Nature*. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003.
- HECK, Luís Afonso. Regras e princípios jurídicos no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, Jorge Salomão (org.) *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. por Luís Afonso Heck. 20ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- _____. *Groundwork of the Metaphisic of Morals*. In: PASTERNAK, Lawrence.
- MACHADO, Jônatas E. M.. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MAURER, Beatrice, Notes sur le respect de la dignité humaine...ou petite fugue inachevée autor d'un thème central in: *Alain Sériaux et. Allii. Le Droit, Le Médecine et L'être Humain*, Aix-En-Provence: Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1996.
- McCRUDEN, Christopher. *Human dignity and judicial interpretation of human rights*. Oxford Legal Studies Research. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1162024>, acesso em 21/07/2017.
- PÉREZ-LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos Humanos en la sociedade democrática*. Madrid: Tecnos, 1984.
- POSNER, Richard. *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Oxford University Press, 2006.
- RAMOS TAVARES, André. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais da dignidade do homem. In: *Revista brasileira de Direito Constitucional*, nº 4, jul./dez. 2004.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Dignidade da pessoa humana: dignidade e inconstitucionalidade*. Vol. II. Almedina: Coimbra, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

. *Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Federal de 1988*. 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery; MASSON, Daiane Garcia. Direitos Sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo*. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 179-214.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrição e eficácia*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. Trad. por Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (org.) *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 34, 238 (245).

Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 45, 187 (242).

Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha: decisão BVerfGE 47, 239 (247).

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987

O RECONHECIMENTO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO À LUZ DE AMARTYA SEN: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE DE CAPACIDADES

Durcelania da Silva Soares¹

Universidade Federal Fluminense/Centro Universitário Salesiano São Paulo

Tauã Lima Verdan Rangel²

Universidade Federal Fluminense

Sumário: 1. Introdução; 2. Amartya Sen e a análise da pobreza como privação de capacidade; 3. Amartya Sen e dignidade humana: igualdades de capacidades e funcionamentos; 4. A universalização do direito humano à alimentação adequada; 5. Comentários finais: o sistema de proteção de direitos fundamentais em prol da universalização da dignidade da pessoa humana; Referências

1. Introdução

É fato que o Texto Constitucional de 1988 consagrou um amplo catálogo de direitos fundamentais, vinculando-os diretamente ao ideário de concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, o Estado Brasileiro deve atuar com o escopo primordial de promover a efetivação do sobredito catálogo, removendo os entraves e os empecilhos que dificultam sua implementação. Assim, a Constituição Federal materializa um documento amplo, que estabelece uma série de políticas públicas no seio da sociedade, no campo da saúde, da previdência social, da educação, da cultura, do urbanismo, dentre outros, orientadas para a concretização da igualdade material. Nesta linha, dentre os mais recendentes direitos fundamentais incluídos na redação da Carta de 1988 está o direito à alimentação adequada, expressamente incluso no rol dos direitos sociais, por meio da Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, responsável por alargar o rol do artigo 6º.

Contudo, subsiste o questionamento sobre qual o nível de responsabilidade estatal para a efetivação dos direitos fundamentais, que compreende desde a prestação direta pelos entes federados até a regulamentação da esfera privada e a criação de estruturas próprias de incentivo para a sociedade civil. Neste passo, a Política Nacional

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. Endereço eletrônico: durcelania@hotmail.com; Acesso currículo Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1543810316645867>

² Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação 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. Endereço Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Acesso currículo Plataforma Lattes <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>.

de Segurança Alimentar e Nutricional introduziu, na realidade jurídico-administrativa brasileira, uma realidade nova, afixando uma rede em prol da efetivação do direito à alimentação adequada, estabelecendo uma série de responsabilidades para as distintas esferas dos Entes Estatais em prol de sua concretização, reafirmando, como dito acima, tal direito como elemento integrante e indissociável da dignidade da pessoa humana, conforme expressa alusão do artigo 2º da Lei nº 11.346/2006.

A partir de tal cenário, o escopo do presente artigo está assentado em promover uma análise de tal direito a partir da ótica de Amartya Sen, notadamente no que toca à igualdade de capacidades e a pobreza como privação de capacidade, e sua contribuição ao fixar princípios que orientam para a atuação estatal, assegurando que todos possam garantir direitos fundamentais. É importante assinalar que o autor eleito compõe o eixo teórico nominado “liberalismo igualitário”, postulante de argumentos e princípios destinados à orientação da ação política, além de justificar determinadas instituições políticas, sociais e econômicas. O termo “liberalismo” não se confunde com a perspectiva moderna de liberdade sem limites e igualdade formal. Ao contrário, no cenário proposto, há uma clara aproximação da acepção de liberdade com restrição e igualdade material, conquanto a questão se apresente mais robusta e complexa do que essa singela apresentação. Empregou-se uma abordagem de natureza teórica e, como procedimento metodológico, de pesquisa bibliográfica, documental e descritiva.

2. Amartya Sen e a análise da *pobreza* como privação de capacidade

A pobreza, na perspectiva proposta por Amartya Sen (2000, *passim*), pode ser descrita como uma privação das capacidades básicas de um indivíduo e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido. Hirai (2011, p. 51), ao discorrer sobre a perspectiva apresentada por Amartya Sen, explicita que para ele os níveis mais baixos de renda *per capita*, por si só, não é suficiente para dimensionar a natureza e o teor das privações verificadas em determinadas regiões do globo, bem como de sua pobreza comparada, a exemplo do sul da Ásia e a África subsaariana. Por “capacidades” serão entendidas as combinações alternativas de funcionamentos de possível realização, logo, “a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos ou a liberdade para ter estilos de vida diversos” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 05). Exemplificativamente, uma pessoa abastada que faz jejum por sua livre e espontânea vontade pode ter a mesma realização de funcionamento que uma pessoa pobre forçada a passar fome extrema. Entretanto, consoante explicita Sen (2000, *passim*), a primeira possui um “conjunto capacitário” distinto daquele apresentado pela segunda pessoa, já que aquele pode escolher comer bem e ser bem nutrida de um modo impossível para essa.

Neste passo, os funcionamentos são definidos como o que o indivíduo pode ter ou fazer, isto é, os funcionamentos podem variar dos elementares, como ser adequadamente nutrido e livre de doenças estáveis, a atividades ou estados pessoais

muito complexos, como, por exemplo, ter a faculdade de participar da vida em comunidade e ter respeito próprio. “Assim, a privação de capacidades elementares pode refletir-se em morte prematura, subnutrição considerável (especialmente de crianças), morbidez persistente, analfabetismo e outras deficiências”, como observam Crespo e Gurovitz (2012, p. 05). Ao lado disso, a pobreza deve ser analisada como privação de capacidades, abandonando-se o critério tradicional que está baseado na renda, ainda que não seja possível negar que a baixa renda é uma das principais causas da pobreza. Dessa maneira, a definição não suprime o fato de a pobreza também ser caracterizada como uma renda inferior a um patamar pré-afixado, posto que uma renda baixa possa ser a primeira razão da privação de capacidades de uma pessoa. Entretanto, como aponta Wanda Griep Hirai, “existem outras influências particularmente importantes, tais como a ação pública destinada a reduzir a pobreza e a desigualdade de forma mais pontual: com a elaboração prática de políticas” (2011, p. 51).

O liame entre renda e capacidade é demasiadamente afetado pela idade da pessoa (necessidades específicas dos idosos e muito jovens), pelos papéis sexuais e sociais, pela localização, pelas condições epidemiológicas e por outras variações sobre as quais uma pessoa pode não ter controle ou ter um controle apenas limitado. “Desvantagens como idade, incapacidade ou doença, reduzem o potencial do indivíduo para auferir renda. Além disso, também tornam mais difícil converter renda em capacidade, já que uma pessoa mais velha, mais incapacitada ou mais gravemente enferma pode necessitar de mais renda” (CRESPO; GUROVITZ, 2012, p. 06). Sobre o tema, ainda, Sen ilustra a questão da desigualdade de gênero, apontando as questões culturais sobre o papel desempenhado pela mulher, ilustrando tal questão com as seguintes ponderações:

O enfoque da avaliação baseada na utilidade é particularmente limitador nesse contexto, pois as desigualdades, em especial na família, são muitas vezes tornadas “aceitáveis” por certas noções sociais a respeito de arranjos “normais”, e isso pode afetar a percepção tanto de homens quanto de mulheres com respeito aos níveis comparativos de bem-estar de que desfrutam. No contexto de alguns países em desenvolvimento, como a Índia, por exemplo, observou-se que mulheres do meio rural podem não ter uma percepção clara de estarem desprovidas de bens de que os homens dispõem, e podem não ser mais infelizes que os homens. Isso pode ou não ser verdade, mas mesmo que for verdade pode-se argumentar que a métrica mental da utilidade pode ser particularmente inadequada para a avaliação da desigualdade nesse contexto. A presença de carências objetivas, sob a forma de maior desnutrição, enfermidades mais frequentes, maior analfabetismo, etc, não podem ser tidos por irrelevantes com base na aceitação silenciosa e resignada, por parte das mulheres, da sua situação de carência (SEN, 1993, s.p.).

Dessa maneira, ao dispensar uma análise sobre regiões específicas de pobreza da Índia e da África Subsaariana, foi possível uma comparação entre os níveis de mortalidade infantil e alfabetização de adultos, utilizando, para tanto, três características para o enfoque da privação das capacidades básicas: a morte prematura, a subnutrição e o analfabetismo (HIRAI, 2011, p. 52). Assim, a pobreza real, no que se refere à privação de capacidades, pode ser mais intensa do que possa parecer no espaço da renda. Sen

(2000), inclusive, nomeia de *pobreza real* aquilo que se torna extremamente importante em programas de ação pública de assistência para grupos com dificuldades de conversão adicionadas à baixa renda. “O que a perspectiva da capacidade faz na análise da pobreza é melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e privação desviando a atenção principal dos meios (renda) para os fins que as pessoas têm razão para buscar” (CRESPO; GUROVITZ, 2002, p. 06) e para as liberdades de poder alcançar tais fins.

Hirai aduz, ainda, que “atualmente as formas de desumanização provocadas pela extrema pobreza perpassam vários espaços e se expressam nas consequências de um sistema de economia onde o mercado determina o modelo de desenvolvimento” (2011, p. 52), sendo impossível a participação de todos os seres humanos. Aparece, em tal cenário, a pobreza antropológica, ou seja, são criados mecanismos que produzem a degradação do ser humano como pessoa. Neste passo, ambas as perspectivas propostas por Amartya Sen (2000), a aceção da pobreza como inadequação de capacidade e a noção de pobreza como baixo nível de renda, estão vinculadas, já que a renda é um meio essencial na obtenção de capacidade. Assim, quanto mais capacidades, maior o potencial produtivo de uma pessoa e, por conseguinte, maior a chance de se alcançar uma renda mais elevada. A relação identificada, portanto, é preponderante na eliminação da pobreza de renda, porquanto, com uma educação básica e serviços de saúde melhores, há uma aumento no potencial do indivíduo de auferir renda e de, dessa maneira, livrar-se da pobreza pela renda.

Crespo e Gurovitz (2012, p. 06) afirmam, ainda, que é importante explicitar que a redução da pobreza de renda não pode ser o único objetivo de políticas de combate à pobreza, porquanto é temeroso ver essa consoante a perspectiva limitada de privação de renda, justificando, a partir de tal ótica, investimentos em educação, serviços de saúde etc., com o argumento de que são necessários meios para a redução da pobreza. Tal perspectiva seria confundir os fins com os meios, sendo que a pobreza deve ser compreendida como a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. O alargamento das capacidades humanas enquadra-se justamente nesse ponto, pois não se pode esquecer que o aumento das capacidades humanas tende a caminhar junto com expansão das produtividades e do poder de auferir renda. Há que se reconhecer que um aumento de capacidades auxilia direta e indiretamente ao enriquecimento da vida humana, tornando-a as privações humanas mais raras e menos crônicas. Por fim, as relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características da pobreza.

3. Amartya Sen e dignidade humana: igualdades de capacidades e funcionamentos

De acordo com Amartya Sen (2008, p. 42-47), duas questões centrais se apresentam em relação ao exame da ética da igualdade, a saber: “por que a igualdade?”

e “igualdade de quê?”. Apesar de serem questionamentos distintos, verifica-se a presença de interdependência, responsável pelo estabelecimento de um liame. Quando se defender apenas a igualdade formal, acaba-se reforçando o ideário de que todos são iguais perante a lei, existindo uma norma para regular a todos de mesmo modo, logo, as desigualdades oriundas devem ser aceitas. Contudo, de acordo com Outeiro, Oliveira e Nascimento (2016, p. 63), quem considera a igualdade formal como insuficiente e postula a igualdade material, concebe que a lei deve conferir um tratamento diferenciado para aquele que se encontra em alguma situação de desvantagem ou de vulnerabilidade, a exemplo do que ocorre com crianças e adolescentes, jovens, idosos e trabalhadores no Brasil, os quais possuem legislações que dispensam um tratamento específico em decorrência de aspectos peculiares de tais grupos.

Deste modo, ambas são visões acerca de igualdade, todavia, alcançam resultados distintos. Assim, não é suficiente apenas defender a igualdade, mas sim é essencial explicar qual dimensão de igualdade está se abordando. Sen (2008, p. 44) aponta que não é possível elaborar uma teoria normativa do ordenamento social, coerentemente, que rejeite a igualdade ou a igual consideração. “A questão é que definir a igualdade num espaço, como a renda, pode levar a redistribuição de recursos numa sociedade até que todos tenham aproximadamente a mesma quantidade de recursos” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 63). Contudo, no momento seguinte, quando as pessoas vão usar a sua renda, haverá desigualdade, porquanto pessoas diferentes usam os recursos de maneira distinta.

A igualdade reclama uma análise a partir da condição de ideal política compatível com a liberdade. Assim, falar de igualdade em um cenário contemporâneo se torna mais factível quando se trata de uma democracia constitucional, na qual todo são iguais em direitos e em obrigações, a partir do primado que o Estado deve tratar a todos igualmente. Destarte, a reflexão a respeito da igualdade e da diversidade se apresenta como fundamental para conceber programas públicos de redistribuição de riqueza, porque a seleção de um espaço vai viabilizá-lo como justificativa para a redistribuição. Amartya Sen (2008, p. 51) vai narrar, ainda, que se opção for igualar a renda, uma pessoa que tenha maior renda arcará com um tributo maior do que a pessoa com menor renda ou, ainda, fará com que o Estado promova programas para aumentar os recursos de quem possui menos.

Sen (2008, p. 69) descreve, ainda, que podem ocorrer variações na conversão de bens sociais e de recursos em liberdade, em decorrência de aspectos externos ou pessoas referidas, o que impõe a distinção entre a extensão da liberdade dos meios para a liberdade. “As opções que a pessoa tem para, de fato, fazer, ser ou levar a vida que desejar, materializam a extensão da liberdade em si (ou seja, a conversão dos bens primários e recursos em liberdade)” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 64). Não se pode encarar como sinônimos de liberdade desfrutada os recursos ou bens sociais, porquanto esses são meios para que um indivíduo alcance determinado fim. Logo, o dinheiro ou a renda não são importantes em si, mas são importantes porque possibilitam a aquisição de bens essenciais por indivíduos.

A variação entre os indivíduos que existe na conversão de renda em bem-estar é o que leva a perceber que duas pessoas com os mesmos bens primários ou recursos podem ter liberdades totalmente diferentes (devido às diferenças externas e pessoais). A tese igualitária de Sen incorpora o significado dos bens sociais para medir a igualdade: ainda que todos tenham os mesmos bens sociais, como uma renda idêntica ou aproximada, não é possível saber o que se pode fazer com eles, na medida em que o significado dos bens varia segundo as características pessoais e condições sociais (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 65).

Ainda de acordo com Sen (2008, p. 79), o bem-estar de um indivíduo pode ser analisado como termos da qualidade do estado da pessoa. Logo, viver é passível de ser visto como consistindo num conjunto de funcionamentos inter-relacionados, compreendendo estados e ações. A realização de uma pessoa, sob tal aspecto, pode ser descrito como o vetor de seus funcionamentos, sendo que os funcionamentos relevantes podem variar desde coisas elementares, como estar nutrido, até realizações revestidas de maior complexidade, como ser feliz, respeito próprio, tomar parte na vida em comunidade, dentre outros fatores. Logo, os funcionamentos são descritos como estados e ações que podem ser pensados em aspectos de desempenho do que uma pessoa pode ou não realizar com a sua vida. Doutro ponto, o conjunto de funcionamentos que uma pessoa pode realizar é descrito como capacidade, definindo como a capacidade para realizar funcionamentos. Isto é, a capacidade compreende um conjunto de vetores de funcionamentos que uma pessoa pode realizar, implicando na oportunidade de uma pessoa para escolher dentre estilos de vidas possíveis.

Assim, o conjunto de funcionamentos de uma pessoa materializa as várias combinações de estados e de ações que ela é passível de efetivar. Afigura como ponto central a capacidade consistente na possibilidade do indivíduo obter bem-estar, concomitantemente em que ter alguns funcionamentos colaboram diretamente para conseguir o bem-estar, pois a possibilidade de escolha é em si uma parte importante do viver. “Para ser possível efetuar uma avaliação sobre a igualdade/desigualdade, é imprescindível identificar o objeto-valor ou espaço de avaliação. Nesse passo, na avaliação do bem-estar e da dignidade, o foco serão os funcionamentos e a capacidade” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 67).

Com o escopo de assegurar a igualdade de funcionamentos mínimos, faz-se necessário elucidar a concepção de pobreza, porquanto, ainda que todos tenham direitos fundamentais, aqueles que tiverem melhores condições de vida não serão alcançados em alguns programas de inclusão social. Tal situação é incapaz de negar um direito fundamental, porquanto se objetiva identificar o grupo de indivíduos que precisa de maior atenção do Estado ou necessita de alguma condição diferenciada para viver com maior dignidade. Após a definição de pobreza, é possível elaborar uma política para aumentar os funcionamentos estabelecidos como importantes para as pessoas que são hipossuficientes ou vulneráveis. Amartya Sen (2008) argumenta que, ao se adotar a igualdade de capacidades e de funcionamentos como métrica para definir os programas

responsáveis pela redistribuição de riqueza, a pobreza é apresentada como a incapacidade de realizar funcionamentos básicos.

O critério relevante, em tal cenário, é o da inadequação de gerar capacidades tidas como minimamente aceitáveis, ou seja, a pobreza será a privação da vida que os indivíduos podem levar e das liberdades que elas possuem. Logo, se o objetivo é igualar as pessoas em capacidades e funcionamentos relevantes, compete ao Estado o dever de assegurar que todos alcancem tal patamar. Sen (2008), a partir do enfoque normativo, explicita que a aceção de igualdade encontra restrição às questões da distribuição oriundos dos ônus e dos bônus dos recursos escassos da sociedade e do desenvolvimento de políticas estatais. Tal cenário pode ser considerado como igualdade distributiva. Ora, sendo Amartya Sen um defensor de um mínimo de funcionamentos que possam garantir a vida com dignidade, o sobredito autor afirma que alguns direitos são promotores da capacidade geral de uma pessoa, a exemplo de liberdades políticas facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora (SEN, 2000, p. 25). “Como as capacidades refletem a possibilidade para alcançar bem-estar, a abordagem da capacidade permite a união das diversas facetas que a pobreza pode assumir, para em seguida, propor uma solução que assegure uma vida digna a todos” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 70).

A alteração no modo de se analisar esse problemas colabora não somente para o desenvolvimento de políticas estatais de combate à pobreza, como permite justificar a intervenção pública na vida privada e no domínio econômico de modo adequado. Sen (2008, p. 178-179; 2000, p. 61) vai explanar que sistemas públicos de saúde encontram relação direta com a expectativa de vida da população, sobretudo em relação aquela considerada como de “baixa renda”. Mas não apenas isso, é viável tecer uma rede que alcance outros direitos, a exemplo da educação, da cultura, da alimentação e do transporte, cujos funcionamentos reforçam os demais. Há uma clara vinculação entre tais sistemas. De acordo com Sen (2000, p. 66), pessoas mais qualificadas e com saúde, além da melhoria na qualidade de vida, possuem melhores condições de buscar maiores rendas e de participarem politicamente. Todas as medidas têm o condão de ampliar a oportunidade de um indivíduo viver com dignidade.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo

possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Ao analisar, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressamente contidos no artigo 3º, incisos I ao IV, do Texto de 1988, verifica-se que a Constituição está reafirmando uma forma de igualdade, que não se confunde com a homogeneidade. “Portanto, o objetivo de todas essas medidas é tratar a todos como iguais, de maneira que todos possam viver a vida que desejem” (OUTEIRO; OLIVEIRA; NASCIMENTO, 2016, p. 71). Ora, o mesmo princípio (da igualdade abstrata), que estabelece mecanismos de mercados livres, enseja a constante atuação do Estado para reduzir as desigualdades sociais e econômicas, afixando obrigações positivas para o Estado. Nesse ponto, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder.

Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. A dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se necessária, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Assim, o Texto Constitucional em vigor consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. O aludido princípio é o maciço núcleo em torno do qual gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato (1998, p. 76) alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, consequentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Assim, ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento. No que se refere à exclusão social, como frontal violação da dignidade da pessoa humana, Grove destaca:

[...] la pobreza es una privación o violación de los derechos humanos económicos, junto con violaciones asociadas de derechos humanos sociales, culturales, civiles y políticos interdependientes e interrelacionados. Esta definición de la pobreza basada en los derechos humanos implica reconocer la dignidad y el valor de cada ser humano y el derecho por igual de todas las personas a gozar de sus derechos humanos inherentes e indivisibles. El aceptar la no discriminación y la igualdad, que son el centro de los derechos humanos, incluye el compromiso con la igualdad sustantiva o de hecho (igualdad de circunstancias básicas, así como de los resultados) además de una igualdad formal o de derecho (igualdad ante la ley, en potencia, a pesar de las enormes desigualdades estructurales). Los derechos humanos surgen ante la

interrogante de cuáles son los requisitos para llevar una vida digna (GROVE, 2006, p. 52)³.

Diante de tal cenário, os valores de igualdade, fraternidade e solidariedade recebem especial relevância em tempos contemporâneos e clamam, assim, por posicionamentos que busquem promover a inclusão por parte dos poderes constituídos em prol da busca do bem comum. Pozzoli (2003, p. 109) afirma que uma nova sociedade, fundada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico social. A sociedade é composta por pessoas humanas e tem como fim precípua o bem comum coletivo, não significando apenas o bem individual, mas sim o empenho de cada um na realização da vida social dos demais das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está calcado na realização do bem comum do outro ser humano. Repousa, portanto, em tal sedimento o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Ainda no que concerne ao relevo da dignidade da pessoa humana, inclusive no que tange ao alargamento dos direitos fundamentais, consoante Rocha (1995), o perfil do Estado Social repousa no fato de ser um Estado intervencionista em duplo aspecto: por um lado, intervém na ordem econômica, seja direcionando e planejando o desenvolvimento econômico, seja promovendo inversões nos ramos da economia considerados estratégicos; por outro turno, intervém no âmbito social, no qual dispensa prestações de bens e serviços e realiza outras atividades visando à elevação do nível de vidas das populações consideradas mais carentes. Medeiros, Silva e Araújo (s.d., p. 32) vão afirmar que “o desenvolvimento humano a ser perseguido pelos Estados nacionais liga-se, intimamente, na qualidade de vida do seu povo e a fome, de modo particular, mostra-se como uma forma de afastar o indivíduo da participação nos destinos da democracia de um Estado”. Ocorre, porém, que os famintos excluídos são observados como impotentes para reivindicar direitos, subordinando-se a edificar uma cultura de ver a pobreza social como realidade naturalmente construída.

Neste aspecto, Rocha (1995, p. 131), ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Com destaque, o direito à alimentação adequada,

³[...] a pobreza é uma privação ou violação dos direitos humanos econômicos, junto com violações associadas aos direitos humanos sociais, culturais, civis e políticos interdependentes e inter-relacionados. Esta definição da pobreza baseada nos direitos humanos implica o reconhecimento da dignidade e o valor de cada ser humano e o direito a igualdade de todas as pessoas a gozar de seus direitos humanos inerentes e indivisíveis. O aceite a não discriminação e a igualdade, que são o centro dos direitos humanos, inclusive o compromisso com a igualdade substantiva ou feita (igualdade de circunstâncias básicas, assim como dos resultados) mais uma igualdade formal ou de direito (igualdade diante da lei, em potência, apesar das enormes desigualdades estruturais). Os direitos humanos surgem em razão da interrogação de quais são os requisitos para ter uma vida digna (tradução nossa).

em especial, passa a compor a rubrica dos direitos fundamentais, definido expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é signatário:

ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: **a)** Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; **b)** Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios (BRASIL, 1992).

Amartya Sen (2000, p. 189), ao abordar a temática em comento, explicita que uma pessoa pode ser forçada a passar fome, ainda que haja abundância de alimentos ao seu redor, em decorrência de uma minoração da renda, em razão, por exemplo, de desemprego ou um colapso no mercado dos produtos que essa pessoa produz e vende para se sustentar. Doutro viés, mesmo quando um estoque de alimentos passa a declinar acentuadamente um país ou região, todos podem ser salvos da fome, desde que haja uma divisão melhor dos alimentos disponíveis, promovendo-se, para tanto, a criação de emprego e renda adicionais para as potenciais vítimas da fome.

4 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” (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 1948⁴.

Durante aludido período histórico, a principal preocupação acerca do tema voltava-se para a ênfase acerca da acepção de que os seres humanos, na condição de indivíduos pertencentes a uma sociedade, eram detentores de direitos que deveriam ser reconhecidos e expressos nas dimensões das quais faziam parte, como alude Albuquerque (2009, p. 896). Para tanto, contribuiu para inserir a proposta de que, a efetivação dos direitos, seria imprescindível a inclusão das questões sociais, econômicas, civis e políticas, as quais foram essenciais para identificá-los como direitos atrelados às liberdades fundamentais e à dignidade humana. Sobre a questão evolucionista acerca de a segurança alimentar, Podestá explícita, oportunamente, que:

⁴ Neste sentido: ORGANIZACIÓN DAS NAÇÕES UNIDAS. **El derecho a la alimentación adecuada**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso 25 jan. 2017, p. 01. El derecho a la alimentación está reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como parte del derecho a un nivel de vida adecuado y está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Lo amparan asimismo tratados regionales y constituciones nacionales. Además, el derecho a la alimentación de algunos grupos ha sido reconocido en varias convenciones internacionales. Todos los seres humanos, independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro orden, origen nacional o social, posesiones, nacimiento u otra condición, tienen derecho a la alimentación adecuada y el derecho de vivir libres del hambre.

A partir da Conferência Mundial de Alimentação de 1974, o tema passou a ser associado a uma política de criação e manutenção de estoques nacionais, com ênfase em uma visão produtivista. Ainda assim, esse evento significou um importante marco histórico, provocando um alerta sobre a crise alimentar, em especial sobre o problema da fome. No fim da década de 1970, com a recuperação da produção mundial de alimentos, verificou-se que a disponibilidade de alimentos, isoladamente, não era suficiente para resolver os problemas de fome, pobreza e má nutrição, sendo necessário considerar aspectos relativos à sua distribuição (PODESTÁ, 2011, p. 32).

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 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996). 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. Albuquerque, sobre a proeminência da Cúpula de Roma, expõe que:

Tal indicação culminou em um Plano de Ação que apontava sete compromissos, dentre os quais, os de assegurar um ambiente político, social e econômico para viabilizar melhores condições para a erradicação da pobreza e a implementação de políticas voltadas à erradicação da pobreza e da desigualdade e para a promoção da segurança alimentar e sustentável para todos (ALBUQUERQUE, 2009, p. 896).

A partir de tais ponderações, 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, superando a tradicional concepção que alimentação é o mero ato de ingerir alimentos. 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 saudável. “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”, de acordo com Podestá (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 íterim, 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, 2008, p. 11). Wanda Griep Hirai (2011, p. 24) aponta que os elementos integrativos da concepção de segurança alimentar e nutricional foram sofrendo um processo de ampliação, passando, em razão da contemporânea visão, a extrapolar o entendimento ordinário de alimentação como simples forma de reposição energética. Convém, oportunamente, destacar que, no território nacional, o novo conceito de segurança alimentar foi consolidado na I Conferência Nacional de Segurança Alimentar, em 1994.

Assim, no conjunto dos componentes de uma política nacional, voltada para a segurança alimentar e nutricional, estão o crédito agrícola, inclusive o incentivo ao pequeno agricultor; a avaliação e a adoção de tecnologias agrícolas e industriais; os estoques estratégicos; o cooperativismo; a importação, o acesso, a distribuição, a conservação e o armazenamento de alimentos, o manejo sustentado dos recursos naturais, entre outros (BRASIL, 2011, p. 08).

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 humana⁵. “Nunca é demais lembrar que o direito humano à alimentação adequada tem por pano de fundo as práticas alimentares

⁵ Neste sentido. BRASIL. **Lei de Segurança Alimentar e Nutricional**: Conceitos. Brasília: MDA, 2006, p. 05. O conceito [de DHAA] está fortemente relacionado ao conceito de Segurança Alimentar e Nutricional. O direito à alimentação é parte dos direitos fundamentais da humanidade, que foram definidos por um pacto mundial, do qual o Brasil é signatário. Esses direitos referem-se a um conjunto de condições necessárias e essenciais para que todos os seres humanos, de forma igualitária e sem nenhum tipo de discriminação, existam, desenvolvam suas capacidades e participem plenamente e dignamente da vida em sociedade.

promotoras de saúde, atinentes à diversidade cultural e que sejam social, econômica e ambientalmente sustentáveis” (MEDEIROS; SILVA; ARAÚJO, s.d., p. 34).

Atualmente, consoante o escólio de 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, igualmente, para o controle da base genética do sistema agroalimentar. De maneira expressa, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006 (Lei Orgânica da Segurança Alimentar), estabeleceu, em seu artigo 2º, que

[...] a alimentação adequada é 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 necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (BRASIL, 2006).

Igualmente, o diploma legal supramencionado estabelece que a segurança alimentar e nutricional consiste 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. Obtempera 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. De igual forma, a locução supramencionada compreende, ainda, 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, igualmente, 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. Por derradeiro, a visão existente em torno do DHAA alcança como ápice, em sede de ordenamento jurídico interno, a Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010⁶, responsável por introduzir na redação do artigo 6º, o direito fundamental em comento, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. Neste aspecto, para a consecução do DHAA, é importante explicitar que o alimento deve reunir uma tríade de aspectos característicos, a saber: disponibilidade, acessibilidade e adequação.

No que concerne à *disponibilidade do alimento*, cuida destacar 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. Além disso, o alimento deve estar disponível para comercialização em mercados e lojas. A *acessibilidade alimentar*, por seu turno, traduz-se na possibilidade de obtenção por meio do acesso econômico e físico aos alimentos. “La accesibilidad económica significa que los alimentos deben estar al alcance de las personas desde el punto de vista económico” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 03)⁷. Ainda no que concerne à acessibilidade, as pessoas devem ser capazes de adquirir o alimento para estruturar uma dieta adequada, sem que haja comprometimento das demais necessidades básicas. Neste aspecto, ainda, a acessibilidade física materializa-se pela imperiosidade dos alimentos serem acessíveis a todos, incluindo indivíduos fisicamente vulneráveis, como crianças, enfermos, deficientes e pessoas idosas.

De igual modo, a acessibilidade do alimento estabelece que deve ser assegurado a pessoas que estão em ares remotas e vítimas de conflitos armados ou desastres naturais, tal como a população encarcerada. Renato Sérgio Maluf, ao apresentar sua conceituação sobre segurança alimentar (SA), de maneira expressa, faz menção ao fato de que se deve considerar aquela como “condições de acesso suficiente, regular e a baixo custo a alimentos básicos de qualidade. Mais que um conjunto de políticas compensatórias, trata-se de um objetivo estratégico [...] voltado a reduzir o peso dos gastos com alimentação” (MALUF, 1999, p. 61), em sede de despesas familiares. Por derradeiro, o *alimento adequado* pressupõe que a oferta de alimentos deve atender às necessidades alimentares, considerando a idade do indivíduo, suas condições de vida,

⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1>. Acesso em 25 jan. 2017. Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

⁷ Acessibilidade significa que os alimentos devem estar disponíveis para as pessoas do ponto de vista econômico. (tradução nossa).

saúde, ocupação, gênero etc. “Los alimentos deben ser seguros para el consumo humano y estar libres de sustancias nocivas, como los contaminantes de los procesos industriales o agrícolas, incluidos los residuos de los plaguicidas, las hormonas o las drogas veterinarias” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, s.d., p. 04)⁸. Ao lado disso, um alimento adequado, ainda, deve ser culturalmente aceitável pela população que o consumirá, estando inserido em um contexto de formação do indivíduo, não contrariando os aspectos inerentes à formação daquela.

4. A universalização do direito humano à alimentação adequada

A universalização do DHAA traduz-se em assegurar o respeito, a proteção, a promoção e o provimento, desse direito a todos os seres humanos, independente de sexo e orientação sexual, idade, origem étnica, cor da pele, religião, opção política, ideologia ou qualquer outra característica pessoal ou social. Acresça-se, ainda, que fartas são as evidências de que tal universalização é uma árdua tarefa que incumbe aos Estados e governos de alguns países. Ainda que existam ganhos importantes na órbita internacional, quanto à inclusão do tema na agenda social e política, e conquistas normativas e judiciais, subsiste um caminho longo a ser trilhado. “Com efeito, no mundo todo, o problema da universalização do DHAA não é apenas jurídico, mas, num sentido mais amplo, é também político, pois demanda mudanças estruturais, negociação e adoção de medidas concretas capazes de dar operacionalidade a esse direito social” (BRASIL, 2011, p. 11) nos ordenamentos jurídicos internos, o que se dá através de políticas e programas públicos voltados para a promoção e garantia da SAN.

Ao lado disso, universalizar o DHAA compreende a concretização dos princípios da indivisibilidade, da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, perseguindo a máxima isonômica que todos são igualmente necessários para assegurar uma vida digna e encontram-se organicamente vinculados. A vinculação de um reclama a garantia do exercício dos demais, não sendo, portanto, possível falar em liberdade ou em saúde sem uma alimentação adequada, sem acesso à água e a terra. Nesse cenário, é interessante que do Estado Social materializa, segundo o entendimento de Doehring (2008, p. 361), a ideia de uma justiça específica inserida dentro do Texto Constitucional que, entretanto, deve encontrar o seu limite, em que a previsibilidade e a segurança jurídica, ou seja, a concepção do Estado de direito, no sentido formal, será alcançado.

Assim, partindo da premissa que orbita em torno da conformação do Estado Brasileiro, há que se reconhecer incumbe deveres quanto à efetividade dos direitos sociais, em especial no que toca à promoção e concretização do DHAA. Desse modo, “ao Estado, cabe prioritariamente a implementação de políticas públicas de segurança

⁸ Os alimentos devem ser seguros para o consumo humano e estar livres de substâncias nocivas, como as contaminações pelos processos industriais ou agrícolas, incluídos os resíduos dos praguicidas, os hormônios e as drogas veterinárias. (tradução nossa).

alimentar e nutricional, vez que a fome é uma questão que deve estar na agenda prioritária de atuação do poder público” (SEN, 2000, p. 28), conforme já manifestou Amartya Sen. Nesta perspectiva, até a introdução do DHAA no Texto Constitucional, havia um debate acerca da possibilidade de exigí-lo tanto na seara administrativa quanto na judiciário. Entretanto, com a introdução daquele na Constituição Cidadã, tal debate não mais subsiste, materializando, doutro ponto, obrigações do Estado e responsabilidades de diferentes atores sociais em relação à concreção e promoção plena, assegurando a todo indivíduo o acesso universal.

O Estado Brasileiro tem obrigações no que se refere à realização do DHAA em três órbitas distintas, a saber: *respeitar*, *proteger* e *garantir*. No que concerne à primeira obrigação, incumbe ao Estado zelar para a garantia da realização permanente ao DHAA, em todos os momentos, inclusive abstendo-se de tomar medidas que coloquem em risco a realização pela sua população. Em relação à segunda obrigação, “o Estado tem a obrigação de assegurar, vigiar e regular que nenhuma pessoa ou empresas causem algum tipo de privação ou insegurança à realização permanente à DHAA” (BRASIL, 2011, p. 16). Em tal situação, mesmo sendo outro sujeito que coloca em xeque a realização do DHAA, o Estado também o viola, porquanto não está cumprindo com a obrigação de proteger o acesso ao DHAA; logo, em caso de violação desse direito, o Estado deverá investigar e sancionar os responsáveis, tal como adotar as medidas que evitem uma reiteração da violação.

A terceira obrigação do Estado está baseada na garantia dos DHAA em três dimensões distintas, a saber: *facilitar*, *promover* e *prover*. A primeira consiste na facilitação, pois incumbe ao Estado desenvolver programas e políticas que criem condições adequadas para que todos os habitantes do país consigam realizar o direito humano a alimentar-se de forma adequada e digna. A facilitação em comento, no território nacional, é observada na política agrária e agrícola, na política de emprego, na política salarial, na política de proteção social. A segunda dimensão consiste no oferecimento de educação, formação e informação necessária, fazendo com os titulares estejam conscientes dos seus direitos e saibam como reclamar a sua materialização. Igualmente, a segunda dimensão é desdobrada, ainda, na premissa que autoridades estejam conscientes das suas obrigações em relação aos DHAA.

O Estado, no que concerne à terceira dimensão, deverá prover o DHHA de pessoas, grupos e comunidades que estão em insegurança alimentar e nutricional, fome e má-nutrição, por circunstâncias que estão além de seu controle. “Nesse grupo se incluem aqueles que não têm condições de se alimentar como crianças, pessoas idosas, enfermos, pessoas com deficiência, pessoas com necessidades alimentares especiais, pessoas internadas em instituições, dentre outras” (BRASIL, 2011, p. 17). O mesmo é aplicável a grupos que se encontram em situação de emergência, de miséria e pobreza intensa. Verifica-se que a realização efetiva do DHAA inclui o direito dos titulares de exigir o cumprimento daquele. Burity *et all* (2010, p. 70) afirma que “exigibilidade é a possibilidade de exigir o respeito, a proteção, a promoção e o provimento de direitos, perante os órgãos públicos competentes (administrativos, políticos ou jurisdicionais),

para prevenir as violações a esses direitos ou repará-las”. O conceito de exigibilidade compreende, além do direito de reclamar, o direito de ter uma resposta e ação em tempo oportuno para que seja possível a reparação da violação por parte do Poder Público.

Denota-se, portanto, que a exigibilidade do DHAA é um elemento imprescindível para a consolidação do SISA e para a implementação da PNSA. Sua existência está prevista na LOSA por meio de alguns mecanismos, sendo que a exigibilidade do DHAA se realiza em quatro dimensões: administrativa, política, extrajudicial e judicial, quase-judicial (Ministério Público), por mecanismos da esfera política (Conselhos de Políticas Públicas) e ações administrativas. Valente (s.d., p. 06), em mesmo sentido, aponta que quando tais direitos não são promovidos ou, ainda, são, direta ou indiretamente, violados, os titulares de direitos devem ter garantido seu direito de recorrer em nível administrativo (exigibilidade administrativa), junto aos serviços públicos, e, quando insuficiente, junto a instâncias de recurso, sejam em nível administrativo (conselhos), quase-judicial (Ministério Público) ou mesmo judicial (judiciabilidade). Compete ao Estado, assim, instituir, financiar e garantir o funcionamento independente destes instrumentos e instâncias recursais.

Quanto à esfera judicial, trata-se da possibilidade de exigir direitos perante o Poder Judiciário. Nesta linha, a exigibilidade está atrelada às ideias de judiciabilidade e justiciabilidade, conquanto não se restrinja a elas. “Para diversos autores a judiciabilidade é compreendida como sinônimo de Justiciabilidade, que significa a possibilidade de efetiva aplicação dos direitos por meio de mecanismos jurídicos de exigibilidade” (BRASIL, 2011, p. 18). Entretanto, muitas organizações e movimentos de direitos humanos vêm concedendo destaque para a diferenciação entre a judicialização e justiciabilidade dos direitos humanos, na perspectiva de que o sentido de justiça pode ser compreendido de forma ampla, além do acesso ao Judiciário e da utilização de mecanismos judiciais (Judicialização) para a reparação em âmbito concreto, via justiça, de violações dos direitos fundamentais (justiciabilidade).

Em que pesem as discussões sobre os termos supramencionados, é necessário assinalar que, no âmbito do marco legal nacional, há diversos instrumentos jurídicos que podem contribuir, diretamente, para a superação do desafio. Vários deles já em aceitos na efetivação do direito humano à saúde e, em menor grau, à educação, de forma que não existe impedimento que promovam também o DHAA. Convém destacar que não é nova a jurisprudência que determina ao Poder Executivo garantir a efetividade do DHAA. Assim, antes mesmo da consagração do DHAA no Texto Constitucional, fartos são os exemplos das decisões proferidas pelos Tribunais obrigando o Poder Público a fornecer alimentações especiais e essenciais a pessoas com determinadas patologias. No cenário atual, no âmbito do direito à saúde, há um expressivo número de decisões, nas diversas regiões brasileiras, reconhecendo o direito, sua exigibilidade e a constitucionalidade da intervenção do Poder Judiciário para que o Poder Público possa suprir a omissão lesiva.

5. Comentários finais: o sistema de proteção de direitos fundamentais em prol da universalização da dignidade da pessoa humana

O reconhecimento de um direito no Texto Constitucional permite o estabelecimento de uma associação entre a fundamentalidade formal e material, eis que a previsão de direito na Constituição escrita é um mecanismo de se conferir a uma necessidade humana, a exemplo do direito à alimentação adequada, o aspecto de elemento indissociável à vida digno por critérios formais, como ponto culminante do ordenamento jurídico, sem esquecer que sobredita necessidade pode se apresentar materialmente indispensável para a dignidade humana. Além disso, os direitos fundamentais encontram liame a um conjunto de capacidades, sem os quais não é possível ter uma vida digna, a exemplo da liberdade de pensamento, educação, moradia, saúde, ambiente ecologicamente equilibrado, direito à cidade, saneamento básico, transporte e alimentação adequada.

Entretanto, cada direito fundamental encontra concretização de maneira diversa, a depender da sociedade e do período. Basta refletir acerca do sistema instituído pela Lei nº 11.346/2006, no que toca à promoção e ampliação do direito à alimentação adequada, que não precisa ser idêntico a um sistema estabelecido para assegurar a liberdade de voto para todos ou, ainda, adoção de políticas de mobilidade urbana para assegurar o direito à cidade. Assim, cada direito pode ter uma moldura diferente do outro ou, ainda, cada direito reclama mecanismos peculiares para sua concretização, distinguindo-se dos demais. Todos os direitos fundamentais são indispensáveis para que os indivíduos possam viver com dignidade, sendo que, na verdade, a alteração repousa no contorno jurídico-político de cada direito, bem como a prevalência que cada um deve ter em determinado contexto. Inexiste conflito ou incompatibilidade, mas sim prevalência em específicas situações de um direito ou grupo de direitos em relação a outro direito ou grupos de direitos.

A Constituição Federal, de maneira expressa, afixa por objetivos fundamentais, em seu artigo 3º, incisos I ao IV, a saber: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, encontrando, em decorrência disso, compatibilidade com a igualdade liberal. Neste aspecto, Sen busca a redução de injustiças nas sociedades existentes. logo, a Constituição apresenta um panorama geral e, a partir da perspectiva de Amartya Sen, determina o reconhecimento e estabelecimento de um sistema de proteção dos direitos fundamentais, com esboço em seus dispositivos, dentre os quais é possível destacar a aplicabilidade imediata das normas que disponham sobre direitos fundamentais e ao reconhecer tais normas como cláusulas pétreas, respectivamente no §1º do artigo 5º e §4º do artigo 60.

Referências

- ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza. **Revista Nutrição**, Campinas, v. 22, n. 6, p. 895-903, nov.-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rn/v22n6/v22n6a11.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2017, p. 896.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- _____. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de Fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- _____. **Lei de Segurança Alimentar e Nutricional: Conceitos**. Brasília: MDA, 2006.
- _____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- _____. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. 2 ed. Brasília: SAS/DAB, 2008.
- _____. Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada. Brasília: SDH, 2011.
- BURITY, Valéria *et all*. Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional. Brasília: ABRANDH, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.
- CRESPO, Antônio Pedro Albernaz; GUROVITZ, Elaine. A Pobreza como um fenômeno multidimensional. **Revista de Administração de Empresas**, v. 1, n. 2, p. 01-12, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v1n2/v1n2a03.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. ARAÚJO, Gustavo Castro Alves (trad.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GROVE, Chris. Los derechos humanos y la lucha para erradicar la pobreza. In **El derecho a no ser pobre la pobreza como violación de los derechos humano**. Montevideo: Social Watch. Septiembre, 2006

- HIRAI, Wanda Griep. **Segurança Alimentar**: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.
- 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, p. 61.
- 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/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4351/3283>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- _____. **El derecho a la alimentación adecuada**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina César de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. A justiça como equidades de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 11, n. 2, ago. 2016, p. 47-81. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/25834/19689>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- PODESTÁ, Olívia Perim Galvão 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.
- POZZOLI, Lafayette. Cultura dos direitos humanos. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. a. 40, n. 159, jul.-set. 2003.
- RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto**. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 25 jan. 2017.
- RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **Direito fundamental social à alimentação adequada**: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. MOTTA, Laura Teixeira (trad.). São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2000.

_____. **Desigualdade reexaminada**. MENDES, Ricardo Doninelli (trad.). 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

_____. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 28-29, abr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016>. Acesso em 25 jan. 2017.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Promoção do direito humano à alimentação adequada (DHAA)**. Disponível em: <http://www.actuar-acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/flavio_valente_dhaa_promocao_do_direito_humano_a_alimentacao_adequada.pdf>. Acesso em 25 jan. 2017

O CONCEITO ATUAL DE TRIBUTO

Ramon Rocha Santos¹

Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Sumário: Introdução; 1. Evolução histórica do tributo; a) Tributação na Antiguidade; b) Tributação na Idade Média; c) Tributação no Estado Absolutista; d) Tributação no Estado Liberal; e) Tributação no Estado Social; 2. O tributo nas constituições brasileiras; a) Brasil Colônia; b) Constituição de 1824; c) Constituição de 1891; d) Constituição de 1934; e) Constituição de 1937; f) Constituição de 1946; g) Constituição de 1967; h) Constituição de 1988; 3. O Conceito Atual De Tributo; a) A inexistência de um conceito ontológico de tributo; b) Conceitos constitucionais como imperativo lógico; c) O conceito atual de tributo; 4. Conclusão; Referências

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o atual conceito de tributo no ordenamento jurídico brasileiro. Tomando como premissa básica a ideia de que o tributo revela-se como uma categoria jurídico-positiva, o seu conceito se extrai do conjunto de regras e princípios previstos no nosso ordenamento jurídico.

Com suporte na doutrina nacional e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, procuraremos demonstrar a existência do referido conceito no nosso ordenamento jurídico e que o mesmo pode ser extraído - ainda que implicitamente - do texto constitucional, a partir das regras adequadas de interpretação: positivismo metódico-axiológico.

Nesta investigação será utilizado o método hipotético-dedutivo, com a pesquisa metodológica interpretativa das leis, com a finalidade de estabelecer um elo envolvendo o método histórico e o método evolutivo.

O trabalho se inicia com uma abordagem acerca da evolução histórica da tributação, analisando a compreensão do referido fenômeno na Antiguidade, na Idade Média, no Estado Absolutista, no Estado Liberal e no Estado Social.

Em seguida, é feito um estudo do tributo nas constituições brasileiras, analisando as suas principais características, desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Carta

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Procurador do Município de Aracaju. Advogado. Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol do Estado de Sergipe (TJD/SE). Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor de Direito Tributário da Faculdade Pio Décimo. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Tributário da Universidade Tiradentes (UNIT).

Constitucional de 1988, que instituiu um novo sistema de competências tributárias, na tentativa de promover uma melhor repartição entre União, Estados e Municípios.

Passa-se, então à formulação de um conceito atual do tributo, a partir de uma compreensão do Sistema Constitucional Tributário brasileiro, suas regras, princípios e postulados e a existência do referido conceito enquanto um imperativo constitucional.

Ao final, formulamos nossas conclusões, refletindo sobre a existência de um conceito de tributo extraído – ainda que implicitamente – do texto constitucional, suas consequências e eventual compatibilidade com os conceitos previstos na nossa legislação ordinária.

1. Evolução histórica do tributo

No decorrer da história, o Estado – seja qual for a sua forma – sempre foi financiado pelos tributos. Na definição de GRAPPERHAUS, o tributo corresponde a um “sacrifício individual por um objetivo coletivo”².

Não obstante, a concepção do tributo sofre variações ao longo do tempo, existindo uma profunda relação entre a concepção política vigente em cada momento histórico e a forma de tributação.

a) Tributação na Antiguidade

Na Grécia antiga, embora inexistisse um sistema tributário e vigorasse a concepção de liberdade individual, centrada na pessoa do cidadão, o tributo era admitido como “meio de defesa do bem coletivo, entregue aos cuidados do Estado”³.

Importante destacar que nas Cidades-Estado gregas, o tributo era suportado, sempre que possível, pelos povos vencidos. As contribuições dos cidadãos sempre eram voluntárias e vinculadas a serviços de prestação estatal que lhe diziam respeito diretamente.

Como os cidadãos gregos tinham o dever de cumprir o serviço militar – reduzindo os gastos públicos com a manutenção de um exército - consideravam-se exonerados de uma contribuição para o financiamento público.

Os impostos pessoais eram associados pelos gregos antigos à tirania, razão pela qual o seu sistema de financiamento centrava-se em impostos indiretos sobre o consumo, taxas e contribuições voluntárias – as chamadas *liturgias*.

² GRAPPERHAUS, Ferdinand H. M. **Tax tales from the Second Millenium**. Amsterdam: IBFD, 2009, p. 48.

³ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. O Tributo: análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo. São Paulo: Max Limonad, 1983, p. 24.

A vinculação dos cidadãos às contribuições fiscais era sempre consentida – e não imposta – consistindo em um auxílio ao Estado na realização do bem comum.

Apenas excepcionalmente - em casos de guerra – admitia-se a instituição de impostos de caráter pessoal e extraordinários suportados pelos cidadãos, como forma de financiamento das empreitadas militares.

Conforme observa SAINZ DE BUJANDA, em tempo de guerra, para os gregos, a tributação se justificava em defesa da honra de sua Cidade-Estado e também de sua condição de cidadão.

Se contribuía personalmente cuando lo que se entregaba al Estado iba a ser destinado por éste a salvar el honor de los ciudadanos, obteniendo la victoria sobre los pueblos enemigos; mas era um deshonor levantar las cargas públicas mediante el pago de prestaciones personales obligatorias cuando los gastos podían ser satisfechos com tributos pagados por los vencidos o por pueblos liberados del yugo extranjero, con las liturgias, libremente assumidas por ciudadano, y com las rentas de las minas y domínios del Tesoro. Um deshonor, además, contribuir em um Estado que, como Atenas, no rendía nunca cuentas de lo que obtenía y de lo que gastaba.⁴

Para o cidadão grego, o tributo estava intimamente associado ao *status* de cidadania, na qual se inclui a ideia de contribuir para o bem comum; na vinculação da tributação do patrimônio pessoal à prévia aceitação e na vinculação da arrecadação a uma despesa justificadora.

A organização política romana difere em muito da *polis* grega. Enquanto a sociedade grega primava pela organização estática e contemplativa da vida, o povo romano possuía ânsia de conquistar o mundo e impor-lhe o seu *modus vivendi*. Não por acaso, o denominado “Império Romano” foi, sem dúvida, a maior potência estatal já registrada na história, estendendo seus domínios pela Europa, África e Ásia.

Para tanto, a atividade arrecadatória em Roma, como era de se esperar, inseriu-se no aparato estatal e jurídico criado pelos romanos, onde foram criados diversos tributos, alguns dos quais ainda vigentes em vários países.

De acordo com o romanista THOMAZ MARKY, o conceito de tributo apresenta variações na época republicana, que difere bastante da época imperial.

O conceito original do *tributum* em Roma correspondeu a uma contribuição extraordinária dos cidadãos para a eventualidades excepcionais, especialmente bélicas. Por outro lado, pelos conceitos originais, a contribuição regular foi devida em razão de uma sujeição absoluta, como são a propriedade das terras públicas ou a das terras e populações das províncias ou dos inimigos, cujo resgate sustentava as despesas do Estado romano no fim da República.

⁴ BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. v. 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 139.

(...) Foi a Deocleciano (284-305 D.C.), o grande inovador da organização administrativa e financeira do império romano, que coube a renovação completa do sistema fiscal, com a qual os princípios originais passaram ao esquecimento e pela qual o tributum ganhou um conceito basicamente novo, aliás correspondente ao dos tempos modernos.⁵

O fato é que, em se tratando de um Estado caracterizado pelo desejo de conquista, nada mais coerente do que a existência de um sistema fiscal baseado na exploração dos povos vencidos. Na observação precisa de SAINZ DE BUJANDA⁶, diferentemente do que ocorria na Grécia antiga, os impostos em Roma não se justificavam na condição de cidadão, sendo suportados pelos inimigos derrotados em guerras, depositando de modo permanente sobre estes o peso de suportar seus gastos com o objetivo de não penalizar seus cidadãos. O tributo era, portanto, utilizado como instrumento de opressão para custear as crescentes despesas do Império Romano.

A principal diferença entre a noção de tributo na Grécia e em Roma consiste no fato de que entre os gregos o sistema fiscal estava baseado no *status* de cidadania enquanto que o sistema fiscal romano se fundava na condição de superioridade sobre os povos vencidos.

Apesar dessa diferença, tanto na Grécia quanto em Roma estavam presentes as características que marcam a ideia de tributo na Antiguidade, conforme sintetiza LUIS EDUARDO SCHOUERI:

Vê-se, em resumo, na antiguidade, a incompatibilidade entre a liberdade e a tributação, enquanto sujeição. O cidadão, porque livre, não estava sujeito a tributos, conquanto tivesse seus deveres políticos. Estes, no entanto, longe de serem vistos como restrição de sua liberdade, eram exatamente a sua exteriorização. O elevado grau de participação na vida pública tornava indistintos o indivíduo e a coletividade.⁷

De todo modo, é inegável que a primeira estrutura efetivamente organizada para a cobrança de tributos surge em Roma, sendo certo ainda que essa imposição para cobrir as crescentes necessidades de receitas do Império foi uma das razões para o declínio do sistema tributário do Império Romano.

⁵ MARKY, Thomaz. **Conceito original do tributo no Direito Romano e sua posterior evolução no Principado**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 9-10.

⁶ BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. v. 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 154.

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Liberdade**. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (Coords.). *Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 483.

b) Tributação na Idade Média

Com o fim do Império Romano e a consequente implantação do sistema de organização feudal, o tributo, apesar de não desaparecer, começa a perder importância, passando a ser substituído pelas prestações *in natura* ou *in labore* típicas deste período, que eram suportadas pelos servos em contrapartida à utilização das propriedades dos senhores feudais.

Com o advento das cruzadas – Séculos XI a XIII, o tributo passa a ser necessário para os desígnios da Igreja Católica, que passa a exigir a contribuição financeira e militar dos monarcas como forma de financiar os crescentes gastos públicos tendentes à libertação da Terra Santa dos turcos muçulmanos.

É preciso registrar, entretanto, que nessa época a noção de tributo não era dotada o tributo ainda não assumia feição pública, sendo apropriado de forma privada pelos governantes.

A partir do Século XIV, acentuava-se a decadência da ordem feudal e o processo de centralização de poder com a formação dos Estados Nacionais, iniciando-se uma nova forma de Estado: o Estado Absolutista.

c) Tributação no Estado Absolutista

Com o fim da estrutura feudal, o poder de tributar é transferido dos senhores para a figura do rei. Em um primeiro momento desenvolve-se o chamado Estado Patrimonial, na definição de RICARDO LOBO TORRES⁸, que possuía como base de financiamento as rendas provenientes do patrimônio do príncipe, relegando a atividade tributária a um segundo plano de importância.

Este modelo desenvolveu-se até o fim do Século XVII e início do Século XVIII, refletindo uma época de transição entre o feudalismo e uma tributação centrada no poder estatal havendo uma dualidade de poder – os reis e os estamentos – e, portanto, uma limitação da autoridade real por conta da chamada “liberdade estamental”, que conferia ao senhorio e à Igreja prerrogativas em face do poder do príncipe.

Neste momento, as rendas públicas se confundiam com as decorrentes do patrimônio privado do rei, sendo que o tributo ainda não ingressava na esfera da publicidade.

A partir do Século XVIII tem início o chamado Estado de Polícia em que se consolida a reconstrução da unidade do Estado e da sociedade, centralizada na figura do monarca e na noção de nação, em contraposição ao modelo anterior em que o poder político encontrava-se fracionado por força dos privilégios detidos pelos estamentos.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 3.

No campo fiscal, o poder também estava centralizado nas mãos do rei. Apesar de haver – ainda que de maneira assistemática – uma diferenciação entre o patrimônio do príncipe e o do Estado, o tributo ainda não havia sido publicizado. O tributo ainda era apropriado de forma privada e tinha natureza fortemente contraprestacional.

d) Tributação no Estado Liberal

Com o advento do Estado Liberal, sob os ideais iluministas de JOHN LOCKE⁹ e MONTESQUIEU¹⁰, passamos a experimentar uma limitação do poder soberano, estimulando-se o trabalho, a riqueza e a não intervenção do Estado na economia. Em contrapartida, impõe-se aos cidadãos uma contribuição para o custeio da sociedade representada nos tributos.

O tributo corresponde, nessa época, à própria garantia do Estado Liberal, representando o custo para o exercício da liberdade. Eis que com o absenteísmo estatal – típico do liberalismo – impede a obtenção de receitas diretamente pelo Estado (receitas originárias), apresentando-se o tributo (receita derivada) como a principal fonte de receita para o seu sustento. Surge, então o intitulado Estado Fiscal onde, consoante os ensinamentos de RICARDO LOBO TORRES, a liberdade é o limite do poder fiscal:

O monopólio do poder fiscal exercido pelo Estado, com a extinção da fiscalidade periférica da Igreja e da nobreza, não é absoluto ou ilimitado. O poder tributário, pela sua extrema contundência e pela aptidão para destruir a liberdade e a propriedade, surge limitadamente no espaço deixado pela autolimitação da liberdade e pelo consentimento no pacto constitucional. Em outras palavras, o tributo não limita a liberdade nem se autolimita, senão que pela liberdade é limitado, tendo em vista que apenas a representação e o consentimento lhe legitimam a imposição¹¹.

Com o advento do Liberalismo, o tributo é, então, publicizado, passando a figurar no primeiro plano como meio efetivo de obtenção de recursos para o Estado.

Neste contexto, a tributação era vista como uma forma de realização da igualdade formal, optando-se por uma tributação indireta e proporcional, com o objetivo de fazer com que todos – o povo, os nobres e o clero - pagassem igualmente os mesmos tributos

O tributo é, ao mesmo tempo, o preço corresponde à própria garantia do Estado Liberal, representando o custo para o exercício da liberdade. Eis que com o absenteísmo estatal – típico do liberalismo – impede a obtenção de receitas diretamente pelo Estado (receitas originárias), apresentando-se o tributo (receita derivada) como a principal fonte de receita para o seu sustento. Surge, então o intitulado Estado Fiscal.

⁹ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014.

¹⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 3.

e) **Tributação no Estado Social**

Com a Primeira Guerra Mundial e, sobretudo, após a Crise de 1929, experimentamos uma mudança no pensamento econômico e financeiro. O Estado Liberal se converte em Estado Social

A crise do Liberalismo e o advento do Estado Intervencionista provocaram transformações no campo da tributação, destacando-se, como característica mais importante a consolidação do entendimento de que a tributação poderia ser usada com finalidade extrafiscal, constituindo-se em um importante mecanismo de intervenção estatal não apenas na seara econômica, mas também no campo social.

A necessidade de implementação dos direitos sociais – direitos de segunda dimensão – provoca uma profunda alteração no papel do Estado, afigurando-se o tributo como o meio de arrecadação que torne possível a implementação dos referidos direitos.

O tributo deixa de ser uma simples fonte de receita para o Estado, passando a ser o responsável pela realização da igualdade material, pautado no princípio da capacidade contributiva.

2. O tributo nas constituições brasileiras

a) **Brasil Colônia**

Há quem afirme que o Direito Tributário brasileiro tem a sua origem no próprio descobrimento do Brasil, com a aplicação de leis tributárias promulgadas fora de nosso território. Reconhecem o quinto do pau brasil – tributo devido pelos exploradores de madeira à coroa portuguesa – como o primeiro ancestral do atual imposto sobre produtos industrializados (IPI)¹².

Com o a implantação das capitanias hereditárias, Portugal passa a ser abastecido com as rendas do Real Erário. Formas derivadas de tributação também eram direcionadas à formação de renda do Donatário¹³.

Com a chegada da família real, surgem diversos tributos com a finalidade de manter os cofres da Coroa Portuguesa abastecidos: direitos de importação, décima dos prédios urbanos (sobre rendimentos de imóveis), pensão para a capela imperial, meia sisa dos escravos, imposto de selo sobre papel, entre outros¹⁴.

¹² PEREIRA, Ivone Rotta. **A tributação na história do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 33.

¹³ PEREIRA, Ivone Rotta. **A tributação na história do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 33.

¹⁴ PEREIRA, Ivone Rotta. **A tributação na história do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1999, p. 34.

b) Constituição de 1824

Com a promulgação da primeira constituição brasileira – a Constituição Imperial de 1824 – passamos a ter a centralização do poder fiscal nas mãos do Imperador e a ausência de competência para tributar por parte das Províncias e Municípios. A repartição de rendas entre os entes políticos permaneceu na esfera do governo central.

c) Constituição de 1891

A nossa primeira constituição republicana (1891), inspirada da Constituição dos Estados Unidos da América, trouxe sensíveis mudanças em relação às competências tributárias. As províncias foram transformadas em Estados e foi reconhecida a autonomia dos Municípios, embora os impostos municipais estivessem a cargo dos Estados.

Alguns princípios passaram a constar expressamente do texto constitucional, como o da legalidade tributária e o da uniformidade geográfica dos impostos federais. Não havia entretanto, conceitos claros sobre impostos e taxas e identificava-se também a “superposição de tributos, provocando sendo uma concorrência tributária entre União e Estados, e o alijamento dos Municípios da discriminação das rendas tributárias”¹⁵.

d) Constituição de 1934

A Constituição de 1934 promoveu um aprimoramento da sistematização tributária, continuando a tratar da discriminação de tributos por suas competências. Ampliou o rol de tributos de competência da União e passou a dotar os Municípios de autonomia política, administrativa e financeira, conferindo-lhes também competência tributária.

Inovou também ao prever o tributo alusivo à contribuição de melhoria, muito embora não estivesse inicialmente vinculada à valorização imobiliária do imóvel do proprietário, o que somente veio a ocorrer posteriormente.

e) Constituição de 1937

A Constituição de 1937 explicitou, pela primeira vez na legislação brasileira, o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza - de competência da União - dando ensejo à ampliação da receita tributária.

Os tributos de competência dos Estados e dos Municípios não sofreram qualquer inovação em relação à Constituição anterior, exceto quanto à divisão das receitas conjuntas dos Municípios e dos Estados, referentes aos impostos estaduais.

¹⁵ BALTHAZAR, Ubaldo César. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 106.

Promoveu ainda a utilização da função extrafiscal dos tributos, com a limitação da alíquota do imposto de importação, privilegiando os produtos produzidos no Brasil.

f) Constituição de 1946

A Constituição de 1946 promoveu uma alteração na discriminação de rendas entre os entes da Federação, ampliando-se também a quantidade de tributos.

Passou a tratar do fato gerador da contribuição de melhoria não apenas em relação à realização da obra pública, fazendo referência também à obra pública que agregue valor ao imóvel do proprietário.

Promoveu também a repartição de receitas de alguns impostos e a partilha dos impostos criados pelos Estados e pela União, no exercício da competência concorrente, por meio do qual o imposto estadual excluiria o federal.

Manteve a imunidade tributária recíproca e passou a prever a imunidade de impostos relacionados aos livros, jornais periódicos e ao papel destinado à impressão. Criou, ainda, o imposto extraordinário de guerra, de competência da União.

Mas a maior inovação de todas foi a reforma tributária trazida no bojo da Emenda Constitucional nº 18/1965, passando a discriminar detalhadamente a competência tributária e sistematizando os tributos, dando origem ao Código Tributário Nacional.

Trata-se de um verdadeiro marco no direito tributário brasileiro. A referida Emenda foi, mais tarde, incorporada à Constituição de 1967 como capítulo único sobre o Sistema Tributário Nacional.

g) Constituição de 1967

Na Constituição de 1967 foi inaugurado o “Sistema Tributário”, com a repartição de competência tributária definida de forma detalhada em um único capítulo, com todos os tributos de competência dos entes federativos, disciplinando-se os tributos de competência comum (art. 19), os de competência privativa (arts. 22, 24 e 25) e os de competência residual exclusiva (art. 23).

Ainda sob a égide desta Constituição, foram realizadas, via Emenda Constitucional (EC nº 8/77, 17/80, 23/83 e 27/85) alterações pontuais em alguns tributos, a exemplo da contribuição de melhoria que passou a ter como limite total a despesa realizada.

h) Constituição de 1988

A Constituição de 1988 - a primeira sob a égide do regime democrático – alterou profundamente a estrutura tributária, inaugurando um novo pacto federativo e um novo sistema constitucional tributário, no qual estão previstos os princípios gerais que regem a tributação (legalidade, isonomia, anterioridade, irretroatividade, capacidade

contributiva e vedação de tributos com efeitos confiscatórios); as imunidades tributárias e outras limitações ao poder de tributar e, por fim, a delimitação da competência tributária entre os entes da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal)

Foi instituído um novo sistema de competências tributárias, na tentativa de promover uma melhor repartição entre União, Estados e Municípios. Com efeito, apesar de perdurar ainda hoje um claro desequilíbrio nesse sistema - onde a União ainda concentra mais da metade da totalidade da arrecadação tributária no país - fato é que houve uma ampliação da base de receita dos Estados e Municípios.

3. O Conceito Atual De Tributo

a) A inexistência de um conceito ontológico de tributo

Conforme demonstrado em capítulo anterior, a concepção acerca do tributo sofreu variações ao longo da história. De igual modo, a tentativa de elaboração conceitual do tributo sofreu profundas alterações e vacilações ao longo do tempo.

Se a princípio sustentou-se que decorria de um contrato entre o particular e o Estado, tal característica foi alijada do tributo, passando a se fundar numa relação cogente entre ambos, em mera relação de poder, independentemente do assentimento do indivíduo, em decorrência do poder de império (...) Se, por sua vez, a capacidade contributiva não pode servir para fundamentar o tributo, chegou-se a afastar, por outro lado, a circunstância de ser meio de prover às necessidades financeiras do Estado, já que podia atender aquelas demandas de entes particulares, embora com fins públicos. Por sua vez, o fato de o tributo se basear numa obrigação *ex lege*, decorrente da soberania estatal, também foi confutado, por lhe não apresentar característica peculiar.¹⁶

Esta mudança de paradigmas ao longo da história explica o motivo pelo qual as tentativas de se definir ontologicamente o conceito de tributo não lograram êxito. O conceito de tributo varia no tempo e no espaço, sendo que os adeptos de uma definição ôntica do tributo¹⁷ afastam-se do normativismo jurídico, buscando apoio em premissas jusnaturalistas.

Concordamos, neste particular, com ANDRÉ MENDES MOREIRA¹⁸, para quem a definição ontológica de tributo não encontra espaço no atual Estado Democrático de Direito e, especialmente, no Sistema Constitucional Tributário, apresentando como

¹⁶ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **O Tributo: análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1983, p. 47.

¹⁷ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **O Tributo: análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1983, p. 49.

¹⁸ MOREIRA, André Mendes. Conceito de Tributo e sua Divisão em Espécies. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord). **Tributação: Democracia e Liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 14.

forma mais adequada de interpretação, na esteira da doutrina de HELENO TAVEIRA TORRES, o positivismo jurídico exclusivo, na modalidade por ele nominada “positivismo metódico-axiológico”¹⁹.

O tributo é, portanto, essencialmente uma norma jurídica e, como tal, é fruto de interpretação segundo os critérios de validade positivados em um determinado sistema jurídico, sendo que o seu conceito é sempre extraído dos valores imperantes em um dado momento temporal e espacial.

b) Conceitos constitucionais como imperativo lógico

Se não existissem os conceitos constitucionais, seríamos obrigados a admitir que o legislador infraconstitucional, na regulamentação dos dispositivos da Constituição, teria liberdade para atribuir aos conceitos o conteúdo que desejasse. Este não nos parece o melhor raciocínio.

Primus, porque, como vimos, o fato de o conceito não estar expresso no texto constitucional não significa que ele não exista.

Secundus, porque os conceitos são necessariamente constitucionais, ainda que para estabelecerem um conteúdo mínimo. Estando a lei subordinada à Constituição, não se pode admitir que o um conteúdo legal possa prevalecer sobre uma previsão constitucional.

O reconhecimento dos conceitos constitucionais se dá, portanto, por um imperativo de ordem lógica, como forma de viabilizar a própria aplicabilidade das normas constitucionais.

A expressão “imperativo lógico da existência do conceito pressuposto” é atribuída a JOSÉ ARTUR LIMA GONÇALVES, que dela se utilizou para tratar especificamente do conceito de renda, mas cujo ensinamento é aplicável aos diversos conceitos:

Não há outra solução lógico-sistemática para essa questão. Admitindo-se que é a Constituição que confere ao legislador infraconstitucional as competências tributárias impositivas, o âmbito semântico dos veículos linguísticos por ela adotados para traduzir o conteúdo dessas regras de competência não pode ficar à disposição de quem recebe a outorga de competência²⁰.

A supremacia da Constituição revela-se como um verdadeiro princípio de interpretação, uma vez que a Carta Constitucional está situada no topo do ordenamento jurídico, sendo hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, servindo-lhes de fundamento de validade.

¹⁹ TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 374.

²⁰ GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto Sobre a Renda: pressupostos constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 171.

Por esta razão, o legislador ordinário não é livre na formulação dos conceitos de maneira que os conceitos constitucionais são verdadeiros imperativos lógicos, sem os quais não haveria supremacia constitucional e implodir-se-ia a lógica estrutural do ordenamento jurídico.

c) O conceito atual de tributo

Por imperativo de ordem lógica, restou demonstrado que o conceito de tributo é, ainda que implicitamente, um conceito constitucional.

Na preciosa lição de GERALDO ATALIBA, em se tratando de um conceito jurídico-positivo, a sua construção é feita sempre à luz do texto constitucional.

Constrói-se o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas constitucionais (...) A Constituição de 1988 adota um preciso – embora implícito – conceito de tributo²¹.

Idêntico é o pensamento de REGINA HELENA COSTA²², para quem o conceito de tributo é extraído da própria constituição e cuja noção essencial depreende-se da leitura do capítulo dedicado à disciplina do Sistema Tributário Nacional.

Em se tratando o tributo de norma jurídica, na observação precisa de ANDRÉ MENDES MOREIRA²³, sua norma no plano constitucional remete necessariamente às normas de competência, editadas para conferir o poder de tributar aos entes da Federação e que estão indissociavelmente ligadas à validade das normas jurídicas produzidas a partir de então.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer as regras de competência tributária, os princípios e as regras limitadores ao poder de tributar e as regras de repartição de receitas tributárias permite que se extraia do seu próprio texto o conceito de tributo.

A partir dessas constatações, com fundamento nas normas constitucionais tributárias, ousamos apresentar o nosso conceito constitucional de tributo. Em uma perspectiva constitucional, o tributo corresponde, portanto a uma prestação pecuniária exigida compulsoriamente pelos entes políticos, instituída por lei e sujeita às limitações constantes das normas constitucionais tributárias, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada com vistas à obtenção de recursos para o financiamento do Estado, com ou sem promessa de devolução.

²¹ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 33.

²² COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 130.

²³ MOREIRA, André Mendes. Conceito de Tributo e sua Divisão em Espécies. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord). **Tributação: Democracia e Liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 15.

4. Conclusão

Conforme restou o demonstrado, a concepção acerca do tributo sofreu variações ao longo da história, o que torna impossível a elaboração de um conceito ontológico do mesmo. Em se tratando de um conceito jurídico-positivo, o seu conteúdo é cambiante no tempo e no espaço, ocasionando uma mutabilidade conceitual a depender dos valores imperantes em um dado momento temporal e espacial.

Demonstrou-se, ainda, que apesar de serem dotados de um certo grau de indeterminação, os conceitos constitucionais verdadeiramente existem e, ainda que não estejam expressos na Constituição, o seu conteúdo é extraído implicitamente pela interpretação - positivismo metódico-axiológico - segundo os critérios de validade positivados em um determinado sistema jurídico.

Os conceitos são, portanto, necessariamente constitucionais, ainda que para estabelecerem um conteúdo mínimo, por um imperativo de ordem lógica, como forma de viabilizar a própria aplicabilidade das normas constitucionais.

Diante da inexistência de uma definição expressa de tributo na Constituição Federal de 1988, o conceito de tributo é obtido por indução, a partir das regras de competência tributária e das normas limitadores ao poder de tributar previstas no texto constitucional.

Dessa forma, é possível extrair o seguinte conceito constitucional de tributo: prestação pecuniária exigida compulsoriamente pelos entes políticos, instituída por lei e sujeita às limitações constantes das normas constitucionais tributárias, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada com vistas à obtenção de recursos para o financiamento do Estado, com ou sem promessa de devolução.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Sistema constitucional tributário brasileiro**. São Paulo: RT, 1968.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- _____. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atual. Misabel Abreu Machado Derzi. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BALTHAZAR, Ubaldo César. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1999.
- BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **História da filosofia do direito e do estado**. Tradução Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.
- BRITO, Edvaldo. Aspectos constitucionais da tributação. *In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Gandra (coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- _____. **Direito tributário e constituição: estudos e pareceres**. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. **Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. v. 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Derivação e Positivação no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- GIANNINI, Achille Donato. **I concetti fondamentali del diritto tributario**. Torino: Torinese, 1956.
- GRAPPERHAUS, Ferdinand H. M. **Tax tales from the Second Millenium**. Amsterdam: IBFD, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord). **Tributação: Democracia e Liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014.
- GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **O Tributo: análise ontológica à luz do Direito Natural e do Direito Positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1983.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Edipro, 2014.
- MARKY, Thomaz. **Conceito original do tributo no Direito Romano e sua posterior evolução no Principado**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. t. I. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MOREIRA, André Mendes. Conceito de Tributo e sua Divisão em Espécies. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord). **Tributação: Democracia e Liberdade**. São Paulo: Noeses, 2014.
- NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012.
- NEVES, Marcelo. **Transaconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PEREIRA, Ivone Rotta. **A tributação na história do Brasil**. São Paulo: Moderna, 1999.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. Os conceitos indeterminados no Direito Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 17. Volume. São Paulo: Dialética, 2013.

- PIZOLIO, Reinaldo. **Competência Tributária e Conceitos Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Antonio Amado, 1979.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2007.
- SANCHES, J. L. Saldanha. **A segurança jurídica no Estado Social de Direito: conceitos indeterminados, analogia e retroactividade no Direito Tributário**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.
- _____. **Tributação e Liberdade**. In: PIRES, Adilson Rodrigues e TÔRRES, Heleno Taveira (Coords.). Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- _____. O conceito constitucional de tributo. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). **Teoria Geral da Obrigação Tributária: estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DESAFIO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO NO SÉCULO XXI: O PAPEL DO NOVO BANCO DE DESENVOLVIMENTO DOS BRICS NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

PUBLIC INTERNATIONAL LAW CHALLENGE ON XXI CENTURY: THE ROLE OF THE BRICS NEW DEVELOPMENT BANK IN AN INTERNAIONAL PERSPECTIVE

Claudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Universidade Veiga de Almeida

Fernando Rangel Alvarez dos Rangel²

Universidade Veiga de Almeida

Sumário: 1. Introdução; 2. A globalização econômica e a soberania contemporânea – contradições e perspectivas; 3. O novo banco de desenvolvimento dos BRICS; a) Seu conceito e natureza jurídica; b) Suas principais normas; c) Seus objetivos; d) Governança; e) Questões Operacionais; 4. O crédito público no direito econômico internacional; 5. As semelhanças e diferenças do crédito público financiado pelo novo banco de desenvolvimento e pelo banco nacional de desenvolvimento econômico e social; Considerações Finais; Referências

1. Introdução

As relações financeiras e de desenvolvimento econômico multilaterais são concretizadas por Acordos e/ou Tratados internacionais que dispõem, principalmente sobre as regras de cooperação entre os povos. Insere-se neste cenário a formação do bloco econômico dos BRIC, que surgiu informalmente nos anos 2000 e se formalizou na primeira reunião de cúpula, em 2001, quando da publicação do relatório Building Better Global Economic Bric, por Jim O'Neill, economista chefe do grupo financeiro Goldman Sachs. Nesse momento o BRIC era composto somente pelas Repúblicas do Brasil, da China, da Índia e a Federação da Rússia, tendo em 2011 ingressado a República da África do Sul, ocasião pela qual o bloco recebe a denominação BRICS.

Varias reuniões foram realizadas e alguns acordos firmados. O que interessa à pesquisa são a sexta e a sétima reuniões de cúpula, ocorridas respectivamente em Fortaleza, no Brasil, em julho de 2014 e em Ufa, na Rússia, em julho de 2015, quando foi criada uma instituição financeira voltada para o desenvolvimento com o intuito de induzir o crescimento econômico dos países membros dos BRICS, por meio do apoio

¹ Doutora em Direito (UGF) e Coordenadora Adjunta e Professora Permanente do PPGD da Universidade Veiga de Almeida (UVA) e Pesquisadora do Instituto Superior de Ensino em Rondônia (IESUR/FAAr).

² Mestre em Direito Público e Evolução Social (UNESA), e Bolsista PROSUP/CAPES e Doutorando em Direito da Universidade Veiga de Almeida (UVA).

financeiro, via crédito público. A esta instituição deu-se o nome Novo Banco de Desenvolvimento (NBD). Paralelamente, para implementar operacionalmente a instituição financeira foi criado um fundo multilateral de reservas, denominado Arranjo Contingente de Reservas, destinado a “reforçar a rede global de financiamentos”, nos termos do Decreto Legislativo nº 130, de 05 de junho de 2015.

A pesquisa apresentada tem a seguinte problemática: Qual o papel do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) na perspectiva internacional? Visando reponder á pergunta, o presente estudo tem por objetivo geral analisar se esta nova instituição financeira internacional representa o poderio econômico do BRICS ou se é realmente capaz de efetivar a cooperação entre os países integrantes do bloco. Os objetivos específicos são: (i) estudar as principais estruturas jurídicas e operacionais do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD); (ii) apresentar o crédito público no direito econômico internacional; além de (iii) estabelecer as semelhanças e diferenças com o crédito fornecido pela empresa pública brasileira - o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

A abordagem metodológica será a revisão de literatura integrada interdisciplinar nas searas do Direito e da Economia, pois se reconhece a complexidade e a multidimensionalidade dos fenômenos humanos, sociais e econômicos analisados na pesquisa, que exigem um conjunto pluralista de perspectivas e diferenças de abordagem. Para corroborar com a investigação serão analisados os dados jurídicos (documentos legislativos) e econômicos (estatísticos) obtidos em sites oficiais dos BRICS e do Governo Brasileiro na internet.

2. A globalização econômica e a soberania contemporânea – contradições e perspectivas

O Estado é uma categoria histórica, e, como tal, está em permanente evolução desde a sua origem. A sociedade não encontrou ainda outra forma de autogoverno, que não o Estado. A soberania estatal surge como solução para que, no processo evolutivo da sociedade, fosse resolvido o permanente estado de guerra, em que se lutava pela sobrevivência. Ou seja, poder-se-ia abdicar da soberania em favor de uma instituição que pudesse exercê-la em seu nome e no interesse geral.

A soberania³ passou a ser categorizada como conceito jurídico, em momento posterior à Vitória, principalmente por Bodin, correspondendo a um “poder perpétuo e

³ Neste ponto, cabem as seguintes explicações: O conceito de soberania, parte da ideia formulada por Francisco de Vitoria, perpassando pelos clássicos até o atual momento em que se experimenta o exercício da soberania, analisada no seu âmbito externo, frente ao poder exercido pelo capital financeiro no sistema financeiro internacional. Alves Pereira esclarece que houve na Idade Média a gestação do Estado e do conceito de soberania, nos seguintes termos – “As palavras ‘Estado’ e ‘soberania’ com o significado que passaram a ter na ciência política e no direito público modernos não eram correntes na Idade Média [...] O Estado tal como conhecemos hoje, foi lentamente gestado na Baixa Idade Média, no contexto, entre outros fatores, do confronto entre o papado e do Império e da contestação destes pelas monarquias medievais.”

absoluto de uma República”. Foi novamente tratada pelos Grócio e Thomas Hobbes, ‘apefeiçoada’⁴ nos vieses interno e externo, contudo, nos dias de hoje, não mais atende aos ditames da realidade econômica nas relações internacionais.

A soberania e o Estado como categorias jurídicas foram, na Idade Moderna e contemporânea, conceitos jurídicos teológicos secularizados⁵. No que se refere à soberania, Castells (2001, p.149-168) explica da transformação do Estado, considerado como categoria histórica, bem como a consequente mitigação da soberania, quando elabora o conceito de Estado-rede: “A informacionalização da sociedade, a partir da revolução tecnológica que se constitui como novo paradigma operante na década de 1970, é a base de globalização da economia. ” [...]. Os processos estruturadores da economia, da tecnologia, da comunicação estão cada vez mais globalizados. ” Por fim, acrescenta: “O Estado-rede é a forma de sobrevivência do Estado na era da informação e da globalização.” Ou seja, na era da informação, a categoria histórica Estado está muito mais envolvida no contexto globalizado, e, menos se discute a soberania nos seus termos clássicos. Por outro lado, temos Cassese (2004, p. 5-24) que entende, por outro lado que a soberania ainda tem sua pujança jurídica no contexto das relações internacionais.

No contexto atual de globalização⁶, a reorganização dos agentes econômicos internacionais perpassa pelas relações multilaterais, concretizadas pelos Acordos e/ou Tratados internacionais que dispõem, principalmente, sobre a questão financeira e o desenvolvimento econômico.⁷

ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Estado e Soberania na Idade Média. In SILVA, Francisco Carlos Teixeira; CABRAL, Ricardo Pereira; MUNHOZ, Sidnei J. **Impérios na história**. Elsevier, 2009. P.54.

⁴ Ferrajoli explica que a ideia original de soberania foi ‘aperfeiçoada’ por Grócio, Thomas Hobbes e John Locke nos seguintes termos: “Em primeiro lugar, absolutiza-se o princípio da soberania externa. A doutrina internacionalista e a filosofia política do século XVII dissolvem todas as ambivalências presentes na construção de Vitória, para adaptá-las realisticamente à divisão da Europa nos novos Estados soberanos como sancionada pela paz de Westfalia [...]”

Os Estados, escreve realisticamente Hobbes, arquivando a ideia de *societas gentium* (comunidade de gentes) de Vitória e Grócio, como sociedade de povos livres e independentes...” FERALLOJI, L. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. P.17

⁵ “Contudo, o direito se preocupa acima de tudo com a noção formal de soberania. A qualificação de um Estado como soberano é um ato político que tem uma noção jurídica como um simples instrumento[...] A meu ver não há uma definição integralmente sólida do que seja soberania. Este é um conceito jurídico indeterminado. ” ALVES PEREIRA, A. C. Estado e Soberania na Idade Média. In SILVA, F. C. T.; CABRAL, R. P.; MUNHOZ, S. J. **Impérios na história**. Elsevier, 2009, p. 54.

⁶ O conceito de globalização será o exposto por CARVALHO e Sicsú, segundo o qual: “Globalização significa unificação de espaços. Em termos de economia, essa definição traduz-se na unificação de mercados, a princípio, segmentados nacionalmente em um único espaço integrado. (...) Quando se trata de globalização financeira, essa definição implica em um processo único, internacional, de formação de preço de ativos e, assim, das taxas de juros.” CARVALHO, F. J. C. de; SICSÚ, J. **Economia e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. P. 7-8.

⁷ No citado contexto, destaca-se, por exemplo, a formação do bloco econômico dos BRICS, que surgiu informalmente nos anos 2000 e se formalizou na primeira reunião de cúpula, composto até então, somente pelas Repúblicas da Brasil, da China, da Índia e da Federação da Rússia, tendo em 2011 ingressado a República da África do Sul. A primeira reunião ocorreu em Ecaterimburgo na Rússia em maio de 2008.

Observa-se uma integração de fatores que favorecem a circulação e o empoderamento do capital financeiro, tais como: a formação do Estado-rede já citada, a velocidade da informação, o domínio de tecnologias de informação que auxiliam o fluxo de capitais, enfim o capital financeiro se expandiu por todos os pontos, onde a sua penetração é possível. Ocorre que a hipertrofia de poder do capital financeiro desafia, em muito, os poderes inerentes na soberania no seu viés externo, ou seja, impor os limites de um Estado a qualquer tipo de interferência na vida interna da sua sociedade, que não seja por imposição da estrutura ou da autorização estatal. Como conjugar tais instrumentos, sem prejudicar o desenvolvimento econômico e social

3. O novo banco de desenvolvimento dos BRICS

A pujança do BRICS revela-se nos dados superlativos referentes aos produtos internos brutos e ao comércio internacional conforme tabela abaixo:

DADOS ECONÔMICOS DO BRICS (2012)			
PIB do BRICS	US\$ 15,76 trilhões	Participação no PIB mundial	19,8%
População dos BRICS	2,998 bilhões de habitantes	Participação na população mundial	41,6%
Intercâmbio comercial dos BRICS	US\$ 6,14 trilhões	Participação no intercâmbio comercial mundial	16,9%
Exportações totais dos BRICS	US\$ 3,19 trilhões	Participação nas exportações mundiais	17,7%
Importações originárias do mundo	US\$ 2,95 trilhões	Participação nas importações mundiais	16,1%

Legenda: Tabela elaborada pelos autores com os dados econômicos de 2012, por ser a última análise estatística realizada e apresentada publicamente com os quantitativos do Bloco.

Fonte: BRICS Policy Center. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

Face à condição econômica do bloco, vislumbrou-se a necessidade de uma instituição financeira para realizar o financiamento dos projetos de infraestrutura dos países membros do Bloco Econômico. Abaixo serão apresentadas as características do NBD, como: o conceito, a natureza jurídica e outras funcionalidades necessárias ao entendimento de como funcionará essa instituição financeira multilateral.

a) Seu conceito e natureza jurídica

O Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) é uma organização internacional⁸, constituída pelo Acordo de Fortaleza, firmado entre a República Federativa do Brasil, a

⁸ Celso Duvivier Albuquerque de Melo explica que as organizações internacionais têm as seguintes características: “1) são associações voluntárias de sujeitos de Direito Internacional; 2) o ato institutivo da organização é internacional; 3) têm personalidade internacional; 4) possuem ordenamento jurídico interno;

Federação da Rússia, a República da Índia, a República Popular da China e a República da África do Sul, em Fortaleza, em 15 de julho de 2014. O referido Banco tem personalidade internacional, tendo a natureza de organização financeira multilateral.⁹

O tratado que criou o NBD especifica no seu conteúdo o ordenamento interno, fixando seu estabelecimento, seus objetivos, suas funções e sua sede. Sua regulamentação trata ainda da sua administração e dos seus órgãos próprios. O exercício de seus poderes independe dos seus membros fundadores nos termos do artigo 29 do anexo do referido Decreto que determina que o Banco terá personalidade plena no território de cada membro.

b) Suas principais normas

Quanto ao seu histórico legislativo, a internalização da norma que instituiu o Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) ingressou definitivamente no ordenamento brasileiro, com a edição do Decreto nº 8.624 de 29.12.2015, pelo Poder Executivo, que promulgou os termos do Acordo de Fortaleza, com base no Decreto Legislativo nº 131 de 05.06.2015.

O Decreto Legislativo nº 130/2015 trata do Arranjo de Contingente de Reservas e foi publicado na mesma data do Decreto Legislativo nº 131/2015. Contudo, somente foi internalizado definitivamente por meio de Decreto nº 8.702/2016 do Poder Executivo, datado de 01 de abril de 2016.

A crítica que se faz é que muitos dispositivos dos diplomas supramencionados remetem a regulamentos internos que deverão ser elaborados pelo NBD. Algumas regras já poderiam estar consolidadas no texto do próprio Decreto de instituição do NBD, tais como:

- (i) A instituição de um Diretor representante da sociedade de cada membro dos BRICS;
- (ii) O estabelecimento de práticas de governança corporativa, a saber: “fairness” - senso de justiça, e
- (iii) “Accountability” - prestação responsável de contas, por serem práticas de governança corporativa¹⁰ comuns aos países membros dos BRICS.

5) possuem órgãos próprios; e 6) fazem exercício de poderes próprios.” MELLO, C. D. de A.. **Curso de direito internacional público**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004. p. 601.

⁹ Art. 29 Situação jurídica: a) O Banco terá personalidade internacional plena. BRASIL. Decreto nº 8.624, de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1, p. 9.

¹⁰ No Brasil, o segmento do mercado de capitais chamado Novo Mercado é composto apenas com empresas que adotam, dentre outras exigências, práticas de governança corporativa reconhecidas como boas práticas pelo mercado.

c) Seus objetivos

O Novo Banco de Desenvolvimento tem por objeto não só o fornecimento de capitais para projetos, como também a constituição e a administração de Fundos Especiais.

Nos termos da legislação apresentada, o objetivo da instituição é “mobilizar recursos para projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável nos BRICS e em outras economias emergentes e países em desenvolvimento”.¹¹

Percebe-se primeiramente que o citado objetivo do NBD confunde-se com o propósito de se constituir uma base de apoio, no viés financeiro, aos países em desenvolvimento, ou seja, a instituição não tem a meta de “mobilizar” recursos, mas sim de fornecer recursos e administrar os mesmos com seu foco dirigido aos projetos de infraestrutura.

Em segundo lugar, questiona-se também a inclusão do desenvolvimento sustentável, sem contudo especificar o que se pretende, isto é, não se aborda a intenção desenvolvimentista¹² em si, tal como o combate à pobreza, meios de inclusão social, etc.

d) Governança

O Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) possui uma estrutura de Governança, com as seguintes estruturas:

- a) Conselho de Governadores;
- b) Conselho de Diretores; e
- c) Presidente e Vice-Presidente.

O Conselho de Governadores é investido dos poderes do Banco, assemelhando-se nas Sociedades Anônimas ao Conselho de Administração. O Conselho é composto por

¹¹ Artigo 2º. BRASIL. Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF. Seção 1, p. 11.

¹² Há que se fazer uma distinção conceitual. Desenvolvimentismo foi uma ideologia dominante nos anos 50 em que consiste no “projeto de superação do subdesenvolvimento através da industrialização integral, por meio de planejamento e apoio estatal” BIELSCHOWSKY, R. **Pensamento Econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. Rio de Janeiro: Contraponto. 2004. p. 33. No entanto, a citada intenção desenvolvimentista envolve mais o conceito de Neodesenvolvimentismo ou social-desenvolvimentismo em que sua convenção se apoia numa sociedade mais cooperativa e inclusiva MONDENESI, A. de M.. Convenções: uma visão sociológica do desenvolvimento econômico. In **Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação: ensaios em memória de Fabio Erber**. Organizadores: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014, p. 207.

membros de “nível ministerial”¹³. Tal órgão aprova a Estratégia Geral da instituição a cada 5 anos, nos termos do artigo 11, alínea “b”, inciso (xii)¹⁴.

O Conselho de Diretores tem papel semelhante à da Diretoria nas Sociedades Anônimas na lei brasileira, destacando-se na estrutura de governança que existe em torno do Presidente. Este, por sua vez, não pode ser um Governador do Banco, nem Diretor, nem suplente, mas tem direito ao voto de desempate em caso de empate nas votações do Conselho de Diretores.¹⁵ Este órgão estatui e aplica as Políticas de crédito, risco e investimentos do Banco, ou seja, conduz a prática operacional da instituição.

Seu primeiro presidente é indiano¹⁶. O Brasil deverá indicar o presidente do Conselho de Administração do banco. À Rússia cabe nomear o presidente do Conselho de Governadores, e a África do Sul sedia o Centro Regional Africano da instituição.

A ressalva que se faz é a falta de representatividade da sociedade civil na estrutura operacional da instituição. Não há nenhum representante de qualquer entidade de classe, ou mesmo do meio acadêmico na gestão da instituição. Por exemplo, nas empresas estatais brasileiras, se tem na representação do Conselho de Administração das entidades os representantes das classes trabalhadoras¹⁷.

¹³ Artigo 11. Conselho de Governadores: composição e poderes: a) Todos os poderes do Banco estarão investidos no Conselho de Governadores, consistindo de um governador e um suplente indicados por cada membro da maneira que ele determinar. Os governadores serão de nível ministerial, e poderão ser substituídos ao agrado do membro que o nomeou. Nenhum suplente poderá votar exceto na ausência do seu titular. O Conselho de Governadores selecionará, anualmente, um dos governadores como seu presidente. (grifos nossos). BRASIL. Decreto nº 8.624, de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1, p. 9.

¹⁴ Artigo 11. Conselho de Governadores: composição e poderes: b) O Conselho de Governadores poderá delegar aos Diretores autorização para exercer quaisquer dos poderes do Conselho, com exceção dos seguintes: (xii) Aprovar a Estratégia Geral do Banco a cada 5 (cinco) anos. BRASIL. Decreto nº 8.624, de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1, p. 9.

¹⁵ Artigo 13 - Presidente e funcionários - a) O Conselho de Governadores elegerá um Presidente proveniente de um dos membros fundadores de forma rotacional, que não será nem um Governador, nem um Diretor, nem um Suplente de um ou outro. O Presidente será um membro do Conselho de Diretores, mas não terá voto, exceto um voto de desempate em caso de empate. O presidente poderá participar das reuniões do Conselho de Governadores, mas não votará em tais reuniões. Sem prejuízo para o mandato estabelecido pelo item (d) abaixo, o Presidente deixará de exercer o cargo, se o Conselho de Governadores assim decidir por uma maioria especial. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.624 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

¹⁶ Em 07.07.2015, o indiano K.V.Kamath foi nomeado como o primeiro presidente do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD). A nomeação foi anunciada no primeiro Conselho do NBD, realizado em Moscou. O presidente tem um mandato de cinco anos.

¹⁷ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto. BRASIL. Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF. Seção 1, p. 11.

Não se está questionando a transparência das decisões, mas a falta de oportunidade de governança da sociedade nas decisões operacionais¹⁸, pois os aspectos sociais e ambientais, em que pesem todas as limitações impostas pelas leis que regem tais matérias, devem ser considerados por quem experimenta, na prática, a aplicação de políticas econômicas, na via creditícia, principalmente se for crédito público.

e) Questões Operacionais

A) Princípios

Dentre os princípios operacionais estabelecidos para o NDB, questiona-se a limitação de importação de um país do Bloco pelo outro, no preceito do Art. 21. (...) (ii) O Banco não financiará qualquer empreendimento no território de um membro se esse membro objetar a tal financiamento;¹⁹ Extrai-se do texto uma contradição entre o princípio citado e os objetivos e limites fixados para as operações, pois existe claramente a possibilidade de ingerência política na negação de uma operação de crédito. Uma vez que, pelo teor da regra, não está nítido quais são os critérios que o membro pode utilizar para impedir tal operação. Percebe-se que os financiamentos poderão ter a ingerência estatal na autorização dos projetos. Não nos parece uma questão de legalidade do projeto, mas sim de um consentimento estatal.

Outro questionamento é a imposição da não importação de produtos ou serviços, sabendo-se que os países do BRICS ainda se encontram em desenvolvimento de seus parques industriais:

Art. 21 (...) (vi) Os recursos de qualquer empréstimo, investimento ou outro financiamento realizado nas operações regulares do Banco ou com Fundos Especiais estabelecidos pelo Banco serão utilizados apenas para aquisições em países membros de bens e serviços produzidos em países membros, exceto em qualquer caso em que o Conselho de Diretores determine permitir aquisições em um país não membro de bens e serviços produzidos em países não membros, em circunstâncias especiais que tornem tal aquisição apropriada²⁰;

A regra induz à não importação de bens, o que incentiva a indústria nacional do membro, mas, por vezes, dificulta a execução de projetos de grande porte, pois é comum que nem todos os bens sejam produzidos no território do membro. Observe-se no quadro

¹⁸ ANDRADE, A.; ROSSETTI, J. P. **Governança corporativa**: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.39.

¹⁹ BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.624 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

²⁰ BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.624 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

com os dados econômicos do Bloco, apresentado anteriormente, o percentual de importação dos países do BRICS é de 16,1%.

Relevante se faz considerar que o Acordo sobre o Novo Banco de Desenvolvimento previa não só a criação do referido Banco, como também do Arranjo Contingente de Reservas, que se constitui numa reserva de capital, de estrutura semelhante à do Fundo Monetário Internacional, o qual, segundo o próprio Decreto regulamentador, constitui-se num arranjo “autogerido para prevenir pressões de curto prazo no balanço de pagamentos, fornecer apoio mútuo e reforçar a estabilidade financeira.”²¹

B) Depósito de disponibilidades

Outro aspecto operacional importante que revela a estrutura de poderio formada pelo BRICS, conjugada com a instituição do Arranjo Contingente de Reservas é a possibilidade de disposição dos recursos em moeda local do membro para onde serão utilizados os recursos, sem ter que praticar operações de câmbio em dólar norte-americano.

Portanto, os recursos podem ser disponibilizados em moeda do membro junto ao seu respectivo Banco Central. Tal regra viabiliza a concretização das operações em moedas locais e maior controle dos Bancos Centrais, contudo a regra não é esclarecedora quanto à disponibilização dos créditos nos sistemas financeiros nacionais, pois em que pese os recursos terem origem de organismo internacional, a reserva é feita na moeda em que for concretizada a operação de crédito.

C) Tributação

Na questão tributária, o texto do Acordo estabelece imunidades, inclusive de natureza processual, e isenções²², contudo a implantação das mesmas, segundo o próprio texto, fica a cargo do “sistema jurídico”.

Parece que a intenção dos signatários do Acordo tem a intenção de impedir qualquer tipo de tributação sobre o patrimônio e a renda do Novo Banco de

²¹ Preâmbulo do anexo. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.702 de 01 de abril de 2016. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

²² Art. 30. Posição do Banco quanto a processos judiciais. a) O Banco gozará de imunidade de qualquer forma de processo legal, exceto em casos decorrentes de ou em conexão com o exercício de seus poderes para tomar empréstimos, para garantir obrigações, ou para comprar e vender ou subscrever a venda de valores mobiliários, em cujos casos ações podem ser movidas contra o Banco, em cortes de jurisdição competente no território de um país no qual o Banco tenha sua sede ou escritórios, ou tenha indicado um agente com o propósito de aceitar serviço ou notificação de processo, ou tenha emitido ou garantido valores mobiliários. Artigo 31. Liberdade e Imunidade de Ativos e Arquivos. a) Propriedade e ativos do Banco, onde quer que se encontrem e seja quem for seu detentor, serão imunes a busca, requisição, confisco, expropriação ou qualquer outra forma de apreensão ou fechamento por ação legislativa ou executiva. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

Desenvolvimento, contudo pela leitura do art. 34 do Decreto regulamentar²³, a isenção compreende somente impostos e taxas, não abrangendo contribuições. Considerando que a instituição terá personalidade jurídica, nos termos do art. 29 “no território de cada membro, o Banco terá personalidade jurídica plena”, o referido Banco terá que suportar a tributação da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Nota-se que as isenções tributárias no nosso sistema tributário são concedidas por lei, e, as imunidades processuais, também dependem de regra processual própria em texto de lei federal, vis-a-vis a regra geral processual ser estabelecida por Código instituído por tal espécie de norma. Entende-se que a dificuldade encontra-se na hierarquia das citadas normas, pois tais regras demandam, como já afirmado, a construção de outras regras, de nível mais elevado que o Decreto que internalizou o Tratado. O texto do Acordo estabelece imunidades de natureza processual, e isenções²⁴, contudo a implantação das mesmas, segundo o próprio texto, fica a cargo do “sistema jurídico”.

Percebe-se, então, que a regra foi desenhada para outros sistemas jurídicos, e não o brasileiro, ou seja, ainda faltam regras para que o funcionamento do Banco venha a ocorrer, contemplando os direitos previstos na categoria de imunidades e isenções.

4. O crédito público no direito econômico internacional

A constituição legal, a implantação e o desenvolvimento de uma instituição financeira multilateral, de caráter público, não é tarefa de fácil concretização dadas as condições que o mercado financeiro mundial apresenta.

Inicialmente é relevante que se faça uma distinção entre o conceito de crédito público do direito financeiro, que se configura no “processo financeiro consistente em vários métodos de obtenção de dinheiro pelo Estado, sob a condição de devolver, em

²³ Art. 34 - Isenção de Tributação - a) O Banco, sua propriedade, outros ativos, rendas, transferências e as operações e transações que realiza em conformidade com este Acordo serão isentos de todos os impostos, de todas as restrições e de todos os direitos aduaneiros. O Banco será também isento de qualquer obrigação relativa ao pagamento, retenção ou arrecadação de qualquer imposto ou taxa. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

²⁴ Art. 30. Posição do Banco quanto a processos judiciais. a) O Banco gozará de imunidade de qualquer forma de processo legal, exceto em casos decorrentes de ou em conexão com o exercício de seus poderes para tomar empréstimos, para garantir obrigações, ou para comprar e vender ou subscrever a venda de valores mobiliários, em cujos casos ações podem ser movidas contra o Banco, em cortes de jurisdição competente no território de um país no qual o Banco tenha sua sede ou escritórios, ou tenha indicado um agente com o propósito de aceitar serviço ou notificação de processo, ou tenha emitido ou garantido valores mobiliários. Artigo 31. Liberdade e Imunidade de Ativos e Arquivos. a) Propriedade e ativos do Banco, onde quer que se encontrem e seja quem for seu detentor, serão imunes a busca, requisição, confisco, expropriação ou qualquer outra forma de apreensão ou fechamento por ação legislativa ou executiva. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

geral, acrescido de juros e dentro de determinado prazo preestabelecido”²⁵, do conceito de crédito público em termos econômicos que é o fornecimento de recursos para quem está em posição deficitária, intermediado por instituição financeira em que haja participação estatal.²⁶

Daí, faz-se mister entender o histórico do sistema financeiro internacional. Ele passou por dois momentos específicos:

- (i) o primeiro em que a migração de capitais tinha limitações; e
- (ii) o segundo, o da globalização financeira.²⁷

No primeiro momento, influenciado pela Teoria Econômica de John Maynard Keynes e impactado pela crise econômica de 1929, tivemos a reorganização das finanças internacionais por meio do sistema de Bretton Woods.²⁸

Logo em seguida, foram criadas duas instituições internacionais a fim de executar as políticas econômicas ali decididas, o Banco Mundial, cuja missão era a reconstrução e desenvolvimento mundial²⁹ e o Fundo Monetário Internacional³⁰, cujo objetivo era a estabilização cambial e da balança de pagamentos dos seus membros. Ainda neste momento inicial, mas já no final da década de 50, tivemos a criação do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)³¹ voltado para a América Latina, tendo atualmente membros mutuários, que contraem financiamentos e membros não mutuários, aqueles que fornecem capital.³²

²⁵ HARADA, K.. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 129.

²⁶ A origem dos recursos é de uma instituição estatal, não necessariamente sendo pessoa jurídica de direito público.

²⁷ Fernando J. Cardim de Carvalho e João Sicsú explicam o conceito de globalização sob o aspecto econômico: “Globalização significa unificação de espaços. Em termos de economia, essa definição traduz-se na unificação de mercados, a princípio, segmentados nacionalmente em um único espaço integrado. In: CARVALHO, F. J. C. de; SICSÚ, J. **Economia e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 15.

²⁸ Em julho de 1944, convocados pelo Presidente norte-americano Franklin Roosevelt, 44 países realizaram uma Conferência acerca da nova ordem econômica mundial na cidade de Bretton Woods, estado de New Hampshire.

²⁹ Atualmente a missão do Banco Mundial é não só o desenvolvimento, como também a diminuição da pobreza e a globalização inclusiva e sustentável. Disponível em <<http://www.bancomundial.org/es/about/history>>. Acesso em 23 jan. 2017.

³⁰ As Convenções sobre o Fundo Monetário Internacional e sobre o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento foram internalizadas no ordenamento pátrio pelo Decreto-Lei no. 8.479 de 27.12.1945 e pelo Decreto no. 21.177 de 27.05.1946.

³¹ A Convenção constitutivo do Banco Interamericano de Desenvolvimento foi internalizado pelo Decreto Legislativo nº. 18 de 07.12.1959 e pelo Decreto no. 73.131 de 09.11.1973.

³² Ressalta o próprio BID que há vantagens em ser membro não mutuário: “Ser membro do Banco permite ao país não mutuário alavancar seus recursos e canalizar as preocupações com questões de desenvolvimento através do BID, alcançando um número maior de países beneficiários do que com programas bilaterais. Os países membros não mutuários beneficiam-se dos processos de aquisições e contratações, pois somente empresas dos países membros podem fornecer bens e serviços aos projetos financiados pelo BID.” Disponível em: <<http://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/paises-membros-nao-mutuarios.6006.html>>. Acesso em 23 jan. 2017.

A partir da década de 80, tivemos junto com a globalização dos mercados, a supra citada globalização financeira, com medidas que retiravam entraves à entrada do capital estrangeiro³³, não necessariamente sob a forma de investimento, mas de financiamento com fontes de recursos externos.

No caso brasileiro, a partir de 1994, com a estabilização da moeda e a redução drástica da inflação, ficou criado o ambiente institucional para os investimentos. Assumiu papel preponderante o crédito público, por meio das instituições financeiras públicas.³⁴

Esses financiamentos públicos realizam-se por meio de operações bancárias, as quais têm por objeto projetos para aplicação dos recursos, em geral, em negócios que alavancam a geração de empregos, renda, e, o aumento na arrecadação dos tributos. Incluem-se nas fontes de recursos para o desenvolvimento, não só o crédito bancário, como também os Fundos de Desenvolvimento, nos quais a instituição financeira, em geral, opera como agente financeiro, e não como fornecedora de recursos.

Tal tendência se reflete no Acordo do Novo Banco de Desenvolvimento com ênfase dada ao apoio financeiro aos projetos de infraestrutura³⁵, face à diminuta poupança interna dos membros dos BRICS (com exceção da China, é evidente), a participação estatal no fomento, no viés creditício, passa a ter papel fundamental nas economias dos BRICS.

5. As semelhanças e diferenças do crédito público financiado pelo novo banco de desenvolvimento e pelo banco nacional de desenvolvimento econômico e social

A estrutura do Novo Banco de Desenvolvimento tem muita semelhança com a estrutura do nosso BNDES nos princípios (vinculação de operações de crédito a um projeto a ser financiado, exigência de garantias para as operações etc), nos serviços (prestação de garantias, administração de Fundos etc), na estrutura de concessão de créditos (estrutura de comitê de créditos) e, principalmente na limitação dos desembolsos (o Novo Banco de Desenvolvimento tem seu limite determinado pelo capital subscrito deduzido das obrigações, reservas e lucros). A supra citada restrição de

³³ A Resolução nº. 1.832 de 31 de maio de 1991 do Banco Central regulamentou valores mobiliários mantidos no país por investidores institucionais estabelecidos no exterior.

³⁴ CINTRA, Marcos Antonio Macedo. Crédito público e desenvolvimento econômico: a experiência brasileira. In: **Ensaio sobre economia financeira**. Rio de Janeiro: BNDES, p. 57-108, 2009, síntese de diversas páginas.

³⁵ O texto do acordo menciona o apoio à infraestrutura, não só nos artigos 1, 2 e 3, como também no preâmbulo.

aquisição de bens com os recursos do financiamento previstos no art. 21³⁶ assemelha-se muito à restrição de algumas linhas de financiamento do BNDES em que com os recursos só podem ser adquiridos produtos de fabricação nacional. As funções, por sua vez, se assemelham muito: “apoiar projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável, públicos ou privados...”.³⁷

Para contextualizarmos as diferenças entre os referidos Bancos de Desenvolvimento, temos que correlacionar a constituição do Arranjo de Contingente com o NBD, pois a possibilidade de se solicitar recursos ao citado Arranjo e obter o auxílio em moeda local é nitidamente semelhante à concessão do financiamento em moeda local³⁸, sendo tal fato não praticado pelo BNDES, ou seja, quando ocorre operação internacional, tem que ser feito o câmbio em dólar norte-americano.

Há ainda pequenas diferenças na estrutura das instituições, todavia o mais relevante é que não há definição quanto à política de crédito e risco a ser adotada pelo NBD, ressaltando que a utilização de recursos poderá ter ainda ingerência do interesse político de cada membro, nos termos do Art. 21:

“Princípios operacionais - As operações do Banco serão conduzidas de acordo com os seguintes princípios: (...) (ii) O Banco não financiará qualquer empreendimento no território de um membro se esse membro objetar a tal financiamento”³⁹,

Por outro lado não deve ocorrer com o BNDES, onde por limitação regulamentar (regulamentos do Banco Central do Brasil) a operação de crédito deve ser analisada do ponto-de-vista estritamente técnico, ou seja, examinando-se a sua viabilidade, risco e custo⁴⁰.

Diante do exposto, considerando os aspectos levantados na pesquisa, não há como se analisar os aspectos práticos da concessão, só os que se apresentam na legislação do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD) que iniciou suas atividades no ano corrente.

³⁶ BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.624 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

³⁷ Artigo 3º do Decreto nº 8.634/2015. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

³⁸ Artigo 24 - Disponibilidade de moedas - O Banco, em suas operações, poderá fornecer financiamento em moeda local do país no qual a operação seja realizada, desde que políticas adequadas sejam postas em prática para evitar descasamento significativo de moedas. BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

³⁹ BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 8.624 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

⁴⁰ EBRAHIM, Raissa. **BNDES: o gigante na berlinda**. Jornal do Commercio. Publicado em 23.05.2015. Disponível em: <<http://m.jc.ne10.uol.com.br/canal/economia/2015/05/23/bndes-o-gigante-na-berlinda--182522.php>>. Acesso em 28 jun. 2017.

Contudo, observa-se que no Brasil, a participação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que teve aumentado seu desembolso de aproximadamente R\$ 7 bilhões de reais em 1995 para aproximadamente R\$ 190 bilhões de reais em 2014⁴¹, comparando o capital subscrito pelo Banco com os desembolsos do BNDES, surge o seguinte questionamento: qual seria o volume do apoio financeiro do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD)?

Os recursos fornecidos pela maior instituição financeira de desenvolvimento brasileira gira em torno de US\$ 50 bilhões de dólares, por outro lado o capital autorizado pela citada nova instituição é de US\$ 100 bilhões de dólares, mas com subscrição inicial de US\$ 50 bilhões de dólares, destacando-se que no primeiro ano o aporte de todos os membros será somente de US\$ 10 bilhões de dólares.⁴² Para efeito de crescimento de infra-estrutura, revela-se muito tímido o aporte de capital, ainda mais em se tratando de países carentes de recursos estruturais para potencializar o comércio internacional.

Considerações Finais

Para responder à problemática investigada, as seguintes considerações finais articuladas merecem ser apresentadas:

- A agenda do Banco é ditada mais pelas relações internacionais, seja Sul-Sul ou Norte-Sul, do que pelas necessidades técnicas apresentadas;
- A estrutura jurídica do Tratado do NBD envolveu grande parcela de aspectos operacionais, o que dificulta posterior mudança, vez que se trata de alteração legislativa, mesmo que alterada posteriormente por decreto;
- As indefinições encontradas mostram-se mais possibilidades do que incertezas, a saber:

⁴¹ BRASIL. **Estatísticas - BNDES.** Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/BNDES_Transparente/Estatisticas_Operacionais/. Acesso em 22 jan.2017.

⁴² Artigo 7. Capital autorizado e Capital subscrito. a) O capital autorizado inicial do Banco será de cem bilhões de dólares (US\$ 100.000.000.000,00). O dólar onde quer que seja referido neste Acordo será entendido como sendo a moeda oficial de pagamento dos Estados Unidos da América. b) O capital autorizado inicial do Banco será dividido em 1.000.000,00 (um milhão) de ações, tendo um valor nominal de cem mil dólares (US\$ 100.000,00) cada, as quais estarão disponíveis para subscrição somente pelos membros de acordo com as disposições deste Acordo. O valor de 1 (uma) ação será igualmente o montante mínimo a ser subscrito para participação de um único país. c) O capital subscrito inicial do Banco será de cinquenta bilhões de dólares (US\$ 50.000.000.000,00). O capital social subscrito será dividido em ações integralizadas e ações exigíveis. Ações com valor agregado nominal de 10 bilhões de dólares (US\$ 10.000.000.000,00) serão ações integralizadas e ações com valor nominal agregado de quarenta bilhões de dólares (US\$ 40.000.000.000,00) serão ações exigíveis. (...) ANEXO 1. Participações no capital social subscrito inicial dos Membros Fundadores: Cada membro fundador subscreverá inicialmente 100.000 (cem mil) ações, em um total de 10 bilhões de dólares (US\$ 10.000.000.000), dos quais 20.000 (vinte mil) ações correspondem ao capital integralizado, em um total de dois bilhões de dólares (US\$ 2.000.000.000), e 80.000 (oitenta mil) ações correspondem ao capital exigível, em um total de oito bilhões de dólares (US\$ 8.000.000.000). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

- i. a possibilidade de se construir as políticas internas com participação da sociedade organizada; e
- ii. a possibilidade de se reivindicar participação no órgão diretivo por membro(s) das sociedades dos países membros;

— O aporte inicial não é volumoso frente às imensas necessidades de infraestrutura dos países membros. Percebe-se isto na comparação com os dados referentes ao BNDES;

Pode-se concluir com base nas considerações finais articuladas que o papel do Novo Banco de Desenvolvimento do Brics na perspectiva internacional, como uma nova instituição financeira multinacional, representa mais o poderio econômico do BRICS do que realmente será capaz de efetivar a cooperação entre os países integrantes do bloco. Tal aspecto aparece nitidamente na possibilidade de disponibilidade de recursos em moeda local, o que faz frente ao padrão do câmbio em dólar norte-americano. Por exemplo, o Novo Banco de Desenvolvimento do Brics emitirá até o final de 2017, obrigações em rublos no valor de US\$ 250 milhões, afirmou o presidente do banco, Kundapur Vaman Kamath, "Os títulos no valor de US\$ 250 milhões serão apenas um primeiro passo para testar o mercado"⁴³, em entrevista à agência de notícias russa TASS. Segundo o presidente do banco, a instituição financeira também considera a possibilidade de emitir títulos em moeda indiana.

Referências

ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Estado e Soberania na Idade Média. In SILVA, Francisco Carlos Teixeira; CABRAL, Ricardo Pereira; MUNHOZ, Sidnei J. **Impérios na história**. Elsevier, 2009.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Pascoal. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BANCO MUNDIAL. Disponível em <<http://www.bancomundial.org/es/about/history>>. Acesso em 23.01.2017.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Disponível em <<http://www.iadb.org/pt/sobre-o-bid/paises-membros-nao-mutuarios,6006.html>>. Acesso em 23.01.2017.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento Econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. Rio de Janeiro: Contraponto. 2004.

⁴³ Novo Banco de Desenvolvimento do Brics emitirá obrigações em rublos - Valor dos títulos na moeda nacional russa ultrapassará os US\$ 250 milhões. Por Igor Rozin. In: Gazeta Russa em Português. Publicado em 17 de junho de 2017. Disponível em: <https://gazetarussa.com.br/brics/2017/06/16/novo-banco-de-desenvolvimento-do-brics-emitira-obrigacoes-em-rublos_784210>. Acesso em 20 de julho de 2017.

BRICS Policy Center. Disponível em <<http://bricspolicycenter.org>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3672&catid=159&Itemid=436&lang=pt-BR. Acesso em 04.12.2016.

_____. Ministério das Relações Exteriores. http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=34567/.89=pt-BR. Acesso em: 23.06.2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Decreto nº 8.634 de 29 de dezembro de 2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

_____. Decreto nº 8.702 de 01 de abril de 2016. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

_____. Decreto Legislativo nº 130/2015. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/>> Acesso em: 24 de janeiro de 2017.

_____. Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF. Seção 1, p. 11.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de; SICSÚ, João. **Economia e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação. In: WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes; PRZEWORSKI, Adam. **Sociedade e Estado em transformação**. Unesp, 2001.

CINTRA, Marcos Antonio Macedo. Crédito público e desenvolvimento econômico: a experiência brasileira. In: **Ensaio sobre economia financeira**. Rio de Janeiro: BNDES, 2009.

COLOMBO, Silvana. A relativização do conceito de Soberania no plano Internacional. **Revista Direito & Inovação**, v. 2, n. 2, p. 74-87, 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille; CASSESE, Antonio. **Crimes internacionais e Jurisdições Internacionais**. Trad. Silvio Antunha. 2004.

EBRAHIM, Raissa. **BNDES: o gigante na berlinda**. Jornal do Commercio. Publicado em 23.05.2015. Disponível em:

<<http://m.jc.ne10.uol.com.br/canal/economia/2015/05/23/bndes-o-gigante-na-berlinda--182522.php>>. Acesso em 28 out. 2016.

FERALLOJI, Luigi. **A Soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Ana Paula Gonçalves; PAULA, Luiz Fernando R. **Concentração regional do crédito e consolidação bancária no Brasil: uma análise pós-real**. In: Revista Economia, V. 11, n. 1, 2010.

GAZETA RUSSA - em Português. **Novo Banco de Desenvolvimento do Brics emitirá obrigações em rublos**. Publicado em 17 de junho de 2017. Disponível em: <https://gazetarussa.com.br/brics/2017/06/16/novo-banco-de-desenvolvimento-do-brics-emitira-obrigacoes-em-rublos_784210>. Acesso em 20 de julho de 2017.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

MONDENESI, André de Melo. Convenções: uma visão sociológica do desenvolvimento econômico. In: **Estratégias de desenvolvimento, política industrial e inovação**: ensaios em memória de Fabio Erber. Organizadores: Dulce Monteiro Filha, Luiz Carlos Delorme Prado, Helena M. M. Lastres. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2014.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Direito Administrativo da Economia**. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2003.

WORLD BANK GROUP. **Country Summaries**. Disponível em <https://finances.worldbank.org/en/countries/Brazil>. Acesso em 21 abr. 2017

GOVERNANÇA GLOBAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL: O PAPEL DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO ATORES NA ORDEM INTERNACIONAL PÓS-MODERNA

GLOBAL GOVERNANCE AND THE DEMOCRATIZATION OF INTERNATIONAL LAW: THE ROLE OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS AS ACTORS IN THE POST-MODERN INTERNATIONAL ORDER

Carolina Merida¹

Universidade de Rio Verde

Renata de Almeida Monteiro²

Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução; 2. A globalização e a crise do Estado-nação; 3. Governança global e o processo de institucionalização das relações internacionais; 4. Os desafios da sociedade global e o papel das empresas transnacionais como atores na nova ordem internacional; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A multiplicação dos Estados³ e o incremento do intercâmbio entre eles nos mais diversos aspectos – tais como econômico, social, político, comercial, cultural, de segurança e ambiental; a globalização dos mercados e a internacionalização das empresas – deflagrou a necessidade de o Direito regular situações extraterritoriais e transnacionais⁴, bem como de se reconhecer a urgente mudança de paradigma quanto ao poder político exercido pelos Estado-nação na condução das políticas públicas no âmbito global, que passa a ser partilhado com as organizações governamentais e não-governamentais, com as empresas multinacionais, órgãos e instâncias governamentais internos, movimentos sociais e a sociedade civil em geral.

¹ Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO), Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP) e em Direito Público pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Procuradora do Município de Rio Verde/GO.

² e Advogada. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, em Direito Empresarial e em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO

³ De acordo com Naím: “Estados soberanos têm quadruplicado de número desde a década de 1940; além disso, eles agora competem, brigam ou negociam não apenas entre si mas também com numerosas organizações transnacionais e não estatais”. (In NAÍM, M. *O fim do poder*. Tradução Luis Reyes Gil. São Paulo: LeYa, 2013, p. 20).

⁴ Consoante destaca o professor Amaral Junior, a acentuação da interdependência causada pela globalização ampliou o campo regulatório do Direito Internacional, anteriormente concentrados relações diplomáticas. (In AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008).

O atual estágio do processo de globalização intensificou, como jamais visto em épocas anteriores, as relações entre os fenômenos que ocorrem no interior dos Estados e os transfronteiriços, de modo que a inter-relação e a interdependência entre as dimensões local e global são cada vez mais constantes, profundas e complexas. Nesse contexto, tornou-se inegável a relevância do papel desenvolvido por novos atores na governança dos interesses da sociedade global nos mais variados assuntos.

Como consequência dos interesses difusos apresentados pelas diversas ordens estatais existentes e da fragmentação⁵ do direito internacional, bem como em virtude do movimento de estagnação da econômica mundial, do aumento das desigualdades sociais e da falha dos Estados nacionais em conter as ondas de violência e terrorismo, as relações internacionais têm se tornado ainda mais desafiadoras.

Sob esse prisma, é forçoso admitir que a globalização intensificou as hostilidades, os ataques e as estratégias por parte dos diversos atores internacionais, aumentando a tensão nas relações internacionais e minimizando as noções de ética e solidariedade globais.

Na ordem internacional contemporânea, os Estados-nação e as Organização Internacionais Governamentais (OIGs) não são os únicos atores na dinâmica das relações e do direito internacional, sendo crescente a participação das Organizações Internacionais Não-Governamentais (OINGs), bem como das empresas transnacionais e dos movimentos sociais transnacionais na dinâmica das relações internacionais, com o intuito de promover maior cooperação multilateral e integração regional.

Sob o espectro econômico da globalização, é fundamental destacar que a revolução das comunicações⁶ eliminou as restrições de espaço e de tempo, favorecendo o livre-comércio e a desregulamentação dos mercados financeiros e de capitais, de forma a permitir a expansão da atuação das empresas multinacionais, que passaram a se organizar em redes e a “desterritorializar” a produção em busca de vantagens competitivas.

Nesse contexto em que as empresas transnacionais assumem papel de destaque como agentes da globalização, haja vista que algumas dessas corporações possuem patrimônio e obtêm lucros maiores que os Produtos Internos Brutos (PIBs) de inúmeros países e fazem investimentos superiores aos orçamentos de muitos governos, não se pode negar o seu poder e influência no processo de tomada de decisões em âmbito global.

⁵ O fenômeno da fragmentação do Direito Internacional está intimamente relacionado à incapacidade de o Estado-nação gerir os problemas da sociedade global como única fonte de produção legislativa internacional e consiste na existência de uma pluralidade de fontes normativas, de órgãos legiferantes e de jurisdições. Nesse sentido, conforme afirma Vasconcelos: “A lógica da unidade passou a ser substituída por teorias fragmentárias, as quais se baseiam na estruturação do direito internacional em uma série de esferas temáticas que, principalmente no âmbito das organizações internacionais, normatizam a ordem global em sistemas aparentemente autônomos.” (*In* VASCONCELOS, R. C. de. “Unidade, fragmentação e o Direito Internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011).

⁶ Internet, transferência eletrônica de dados e de fundos, etc.

Desse modo, ante a exaustão do modelo teórico unitário⁷ e os desafios a serem enfrentados pelo direito internacional na sociedade global pós-moderna⁸, o presente artigo busca discutir alternativas ao atual modelo de governança global⁹, propondo o alargamento e a legitimação da participação de novos atores, em especial das empresas multinacionais, no processo de definição das políticas públicas planetárias.

2. A globalização e a crise do Estado-nação

De plano, cumpre registrar que o uso da expressão “*natio*” ou “nação” nem sempre esteve associado a propósitos políticos. Até o século XV, a *natio* era uma comunidade formada basicamente por vizinhança e unida por critérios culturais de identidade, tais como língua, costumes e tradições comuns, não se organizando em unidade formal ou política.

Já no século XVIII, período marcado pelas revoluções inglesa, norte-americana e francesa, a ideia de nação passa a incluir a noção de cidadania – com o direito dos cidadãos a participarem da elaboração das leis e da constituição e condução das instituições governamentais¹⁰.

O Estado moderno, cujas origens remontam à substituição do sistema hierarquizado que remarcou a Idade Média pelo reconhecimento do princípio da igualdade formal dos Estados, por ocasião da celebração dos tratados de Westfália (em 1648), tem como um de seus elementos constitutivos a soberania¹¹.

A soberania é caracterizada pela existência de um governo autônomo e independente, capaz de “eleger a forma de governo que pretende adotar, sem a ingerência ou a intromissão de terceiros Estados (ou quaisquer outras entidades

⁷ Que enxerga no Estado nacional o centro normativo do Direito Internacional.

⁸ Nesse sentido, Faria equipara a situação do pensamento jurídico frente ao atual estágio de globalização àquela em que se encontrava o pensamento econômico no término da década de 20, com a depressão na economia mundial após a Primeira Guerra Mundial. Em outras palavras, o referido autor registra a necessidade de o Direito encontrar alternativas diante da exaustão dos paradigmas do direito internacional clássico em termos de modelos teóricos e analíticos, métodos e procedimentos. (In FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.)

⁹ De acordo com definição encontrada no relatório da Comissão sobre governança global: “Governança é a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes e realizar ações cooperativas. (...) No plano global, a governança foi vista primeiramente como um conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não-governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capital global. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influência”. (In COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa comunidade global*. Relatório da Comissão sobre governança global. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1996).

¹⁰ Cf. FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

¹¹ São, ainda, elementos constitutivos do Estado nacional o território, o povo e a finalidade.

exteriores) nos seus respectivos assuntos internos”¹², bem como de um governo livre para conduzir as suas políticas externas, sem qualquer espécie de subordinação jurídica.

Durante séculos, o Estado, denominado sujeito clássico do direito internacional, foi o único titular de direitos e obrigações no âmbito externo¹³.

A respeito dos sujeitos de direito internacional público (Estado-nação e Organizações Internacionais Governamentais), convém esclarecer que, sob o ponto de vista da doutrina clássica, não se confundem com os atores internacionais. Nesse sentido, em que pese todos os sujeitos internacionais serem também atores internacionais, o inverso não é verdadeiro, pois aos atores faltaria a personalidade jurídica para celebração de tratados internacionais¹⁴.

Assim, sob a referida ótica, os meros atores internacionais, tais como as empresas transnacionais, as organizações internacionais não-governamentais e outras entidades que integram a sociedade civil organizada, careceriam de poder político e legitimidade jurídica para atuarem na atividade normativa internacional.

Ocorre que a acentuação do processo de globalização, marcado por uma crescente interação e interdependência econômica dos Estados, assim como pela “desterritorialização” das relações comerciais e das demandas sociais, que torna indissociáveis as dimensões local e global, impôs uma “profunda mudança no conceito de Estado-nação ou Estado nacional, que está mergulhado numa indescritível crise de identidade e, em consequência, de estabilidade”¹⁵.

Tal fato se dá em razão de que, de acordo com José Eduardo Faria¹⁶:

“Agora, o que se tem é um cenário interdependente, com atores, lógicas racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, não fazem distinções entre países, costumam colocar enormes dilemas para os governos, não hesitam em desafiar a autoridade dos *policy makers* quando lhes convém e, em muitos casos, chegam ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais. Vencida a fase inicial do desafio da

¹² Cf. MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 489.

¹³ Cf. AMARAL JUNIOR, A. do. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 169.

¹⁴ Destacam-se, ainda, como características distintivas dos sujeitos de Direito Internacional: a capacidade de ter responsabilidade internacional; a capacidade de recorrer aos procedimentos contenciosos internacionais; a capacidade de se tornar membro e participar plenamente da vida de organizações internacionais; e a capacidade de estabelecer relações diplomáticas e consulares, ou seja, o denominado Direito de Legado. (In FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008).

¹⁵ Cf. Ramonet citado por GOMES e VIGO (In GOMES, L. F.; VIGO, R. L. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* - navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça. São Paulo: Premier Máxima, 2008.2008, p. 146).

¹⁶ Cf. FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 14/15.

transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo de uma economia globalizada. E quanto mais veloz e mais acentuada é essa globalização (...), mais ela exerce um profundo impacto transformador nos sistemas políticos e normativos forjados em torno de determinados postulados (como o do monopólio do exercício *legítimo* da violência pelo Estado) e determinados princípios (como os da *legalidade*, da *hierarquia das leis* e da *segurança do direito*), levando seu poder de controle, decisão, direção e comando a ser crescentemente pressionado, condicionado e atravessado por uma plethora de entidades multilaterais, organizações transnacionais, grupos nacionais de pressão, instituições financeiras internacionais, corporações empresárias multinacionais etc.”.

Portanto, não se pode negar que a globalização tem como características o enfraquecimento da noção de soberania e a conseqüente redução do papel do Estado nas relações internacionais¹⁷, que passa a dividir espaço com os organismos internacionais e com “forças transnacionais privadas – essencialmente comerciais, tecnológicas e financeiras” na condução dos interesses da sociedade global.

Nessa linha de raciocínio, complementa-se que:

“Contemporaneamente, não se pode reclamar algum poder pleno, absoluto, inquestionável e incontrastável de mando sobre determinado conjunto de pessoas e território, o que aponta para a necessidade de revisão da realidade atual, assim como das bases doutrinárias de interpretação do cenário observado”.¹⁸

Por outro lado, têm sido constatados movimentos em sentido contrário, ou seja, alianças regionais e o ressurgimento de movimentos autonomistas por parte de minorias étnicas subordinadas a Estados, o que aponta para o enfraquecimento do Estado nacional também como símbolo de identidade de um povo, constatando-se claramente a artificialidade das fronteiras estatais¹⁹.

Nesse contexto, ademais, verifica-se o aumento da exclusão social e da concentração de riquezas, o que finda por agravar tensões na sociedade internacional e

¹⁷ Para Floh: “A decadência de um sistema internacional e, principalmente, de um modelo de organização política preponderante não é apenas razoável, como é natural, sendo que o Estado-nação, paradigma atual, resultou da vitória em embate com formas alternativas de governo, como as Cidades-Estado italianas e as Ligas germânicas, no fim da Idade Média”. (In FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 233).

¹⁸ FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 233.

¹⁹ M. RODRIGUES, D. “Os limites do Estado na sociedade mundial: entre política e direito”. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. LIMA, M. C. A. (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

gera questionamentos quanto à legitimação dos Estados para solucionarem as controvérsias e gerirem os interesses resultantes da globalização.

Portanto, ante a incapacidade do Estado para lidar com os problemas decorrentes da globalização, assim como para harmonizar e acomodar os interesses da sociedade internacional como um todo, é preciso que se reconheça que o significado de poder político na condução das políticas públicas no âmbito planetário está em processo de transição, passando a ser exercido de forma mais balanceada, não por meio de governo, mas sim de governança global²⁰, por um conjunto de atores, dentre os quais os próprios Estados-nacionais, as organizações internacionais governamentais e não-governamentais, as empresas multinacionais, órgãos e instâncias governamentais internos, movimentos sociais transnacionais e a sociedade civil em geral.

3. Governança global e o processo de institucionalização das relações internacionais

Conforme já exposto, o processo de globalização implicou a limitação da competência e da autoridade dos Estados-nação, resultando no declínio do governo e no avanço da denominada governança global.

Segundo Krahmann²¹, a governança deve ser compreendida como processos e estruturas que possibilitam que atores governamentais e não-governamentais coordenem “suas necessidades e seus interesses interdependentes através da construção e implementação de políticas na ausência de uma autoridade política unificadora”.

Em outras palavras, a governança implica a fragmentação do poder político nas mais variadas dimensões, destacando-se a geográfica, a financeira, a normativa e a decisória, mas a estas não se limitando.

Ademais, a governança não requer a existência de governo, caracterizando-se pela descentralização do poder na gestão das relações internacionais e pela adesão dos destinatários das normas e das decisões. De acordo com Amaral Junior²², a governança global:

“É hoje reclamada para corrigir as falhas de mercado, a prover bens públicos internacionais, a garantir o estado de direito, especialmente a resolução de disputas comerciais e disputas em outras áreas, a assegurar a estabilidade financeira e monetária, a estabelecer regras comuns para o comércio

²⁰ GONÇALVEZ, A. F.; COSTA, J. A. F. Governança global e regimes internacionais. São Paulo: Almedina, 2011.

²¹ Cf. KRAHMANN, E. “National, Regional and Global Governance: one phenomenon or many”. *Global governance*, v.9. 2003, p. 331.

²² Cf. AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 33.

internacional, a elaborar regimes para os transportes e a comunicação global, além de solucionar os problemas ambientais”.

A noção de governança global está relacionada, ainda, a um novo paradigma baseado na passagem do modelo de Estado nacional para o da sociedade global²³. Segundo Gonçalves e Costa²⁴:

“(...) o modelo de sociedade global, no qual existem outros dois níveis de poder além do nacional e do internacional, que são o transnacional e o supranacional. Na sociedade global, os Estados dividem parte de seu poder com outras entidades transnacionais e supranacionais, e, a partir da interdependência dos povos, tornam-se necessárias novas instituições, caracterizadas por ‘regimes internacionais’, em um sistema que pode ser denominado ‘governança global’”.

Para Matias²⁵, a governança global não se limita à atividade dos Estados, distinguindo-se também “pela existência de uma infinidade de atores, muitos deles não estatais, que contam com suas próprias estruturas e processos de decisão”.

De acordo com Herrschel e Newman²⁶, a pluralidade de atores estatais e não-estatais envolvidos no processo de governança global se relacionam em múltiplas redes:

“Such a pluralist global governance, then, involves many more actors than merely national governments as the primary agents of international politics. (...) And this understanding is not just about existing scales of organisation and authority, but increasingly includes diffuse, new sets of relationships in multiple networks”.

Nesse contexto de incremento da participação de atores na governança global, com a finalidade de fazer frente aos problemas e objetivos da sociedade global nos mais variados campos, sobressalta-se a criação e disseminação das organizações internacionais governamentais, cujo incremento se deu a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, afetando a gestão dos interesses globais.

Com relação às organizações internacionais voltadas à promoção da cooperação internacional, Rodrigues²⁷ explica que “estão baseadas numa premissa de vida internacional: a de que todos os Estados devem cooperar entre si. Elas visam facilitar o

²³ Cf. MATIAS, E. F. P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

²⁴ Cf. GONÇALVES, A. F.; COSTA, J. A. F. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 52.

²⁵ Cf. MATIAS, E. F. P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 462.

²⁶ Cf. HERRSCHEL, T.; NEWMAN, P. *Cities as International Actors: urban and regional governance beyond the Nation State*. Palgrave Macmillan, London, 2017, p. 57.

²⁷ Cf. RODRIGUES, G. M. A. *Organizações internacionais* (Livro eletrônico). São Paulo: Moderna, 2014, p. 10.

alcance de objetivos comuns dos Estados-membros e dependem da vontade destes para aprovar suas decisões”.

Cumprido destacar, no entanto, que a atuação das organizações internacionais governamentais não se limita a promover a cooperação internacional. As OIGs se dedicam, ainda, a fomentar a integração regional, a harmonizar condutas e a administrar a gestão de uma série de temas que têm relevância global, ou seja, cuidam da governança global.

No que tange à integração regional, de acordo com HERZ e HOFFMAN²⁸, trata-se de “um processo dinâmico de intensificação em profundidade e abrangência das relações entre atores levando à criação de novas formas de governança político-institucionais de escopo regional.”

A respeito da institucionalização do direito internacional, Mazzuoli²⁹ assevera que:

“À medida que o Direito se institucionaliza, ele deixa de ser um direito das relações bilaterais e multilaterais entre os Estados para tornar-se um direito cada vez mais presente nas chamadas organizações internacionais (*ditas intergovernamentais*, porque constituídas por tratados entre Estados e detentoras de personalidade jurídica internacional)”.

Ademais, Seitenfus³⁰ pondera acerca da complexidade do processo de institucionalização sob o enfoque das relações internacionais, destacando que a figura do Estado-nacional não é substituída pelas organizações internacionais intergovernamentais:

“A questão da *institucionalização* das organizações internacionais é bastante complexa, em razão da natureza da realidade internacional, cuja essência consiste no sistema relacional entre os Estados; isto é, uma intrincada rede de relações bilaterais. O objetivo desta prática secular é fornecer aos Estados as condições para a sua segurança. Com o surgimento das organizações internacionais, o sistema relacional não desapareceu, na medida em que, até o momento, as relações no âmbito das organizações não atingiram um grau que pudesse vir a substituí-lo. Os Estados, ao manterem suas prerrogativas tradicionais de exercício do poder, concordaram em criar mecanismos multilaterais dotados de instrumentos capazes de atuar nos mais diversos campos (...)”.

Conforme se constata do até aqui exposto, o processo de institucionalização das organizações internacionais governamentais pressupõe a manifestação de vontade do

²⁸ Cf. HERZ, M.; HOFFMAN, A. R. *Organizações Internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 168.

²⁹ Cf. MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 657.

³⁰ Cf. SEITENFUS, R. A. da S. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33.

Estado no sentido de aderir aos tratados constitutivos de tais organizações como condição para a sua posterior aceitação dos processos decisórios de ditas organizações.

Portanto, consoante elucida Rodrigues³¹, a soberania e a autonomia dos Estados-nação são pressupostos do processo de institucionalização do direito internacional:

“A criação de novas políticas ou a modificação das existentes depende, sim, da vontade dos Estados-membros, que agem dentro dos órgãos das OIs, com poder de voto (e às vezes, de veto). O que acontece é que, ao criar as OIs, os Estados definem o poder delas, exercido pelos órgãos colegiados e pela secretaria-geral da organização; isso está contido na carta de criação da OI”.

Em outras palavras, para a constituição de OIGs que possuam personalidade jurídica independente e que tenham capacidade para firmar tratados internacionais e responsabilizar-se internacionalmente, a manifestação da vontade dos Estados em limitarem a sua própria soberania (metavontade ou vontade coletiva) é condição inafastável, sendo certo que a autonomia de tais organizações está sujeita a restrições impostas pelos Estados-membros.

Nessa senda, segundo critica Seidenfuss³², as organizações internacionais:

“(...) desfrutam de limitada ou de escassa autonomia. Se para os países débeis, as organizações internacionais tendem a representar uma garantia de interdependência política e uma forma de buscar o desenvolvimento econômico, para os países poderosos elas significam, na maioria das vezes, tão-somente um terreno suplementar – o da diplomacia parlamentar – onde atuará o seu poder nacional; as organizações internacionais serão para estes simples apêndice de sua política externa”.

Outrossim, analisando-se os impactos da globalização com relação ao papel desempenhado pelas organizações internacionais, a exemplo do que ocorre com os Estados-nação, “a globalização igualmente enfraquece as organizações internacionais. Estas devem curvar-se perante estas forças e trabalhar na direção de uma maior liberalização das relações, sobretudo econômicas, internacionais³³”.

Assim, em razão de a personalidade jurídica das organizações internacionais governamentais derivar da soberania estatal, bem como por verificar-se a incapacidade dessas instituições para responder tempestiva e adequadamente às demandas decorrentes da globalização, as organizações internacionais, a exemplo do que se constatou com relação aos Estados nacionais, vêm sofrendo severas críticas quanto ao

³¹ Cf. RODRIGUES, G. M. A. *Organizações internacionais* (Livro eletrônico). São Paulo: Moderna, 2014, p. 11.

³² Cf. SEIDENFUS, R. A. da S. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51/52.

³³ Cf. SEIDENFUS, R. A. da S. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 54.

fato de sua atuação perpetuar as diferenças sociais e a disparidade dos níveis de desenvolvimento observados em escala global.

A seguir, passa-se ao exame do papel das corporações empresariais multinacionais no processo de definição das políticas públicas planetárias ante a fragmentação do direito internacional e os desafios impostos pela transição das sociedades territorialmente organizadas para a sociedade global.

4. Os desafios da sociedade global e o papel das empresas transnacionais como atores na nova ordem internacional

Um dos maiores dilemas impostos pela globalização no estágio atual é o equacionamento dos aspectos positivos oriundos da liberdade de comércio, que proporcionou o acesso dos Estados a grandes mercados internacionais de consumo e a investimentos transnacionais para ampliação das redes de infraestrutura locais, de um lado, e a dificuldade dos Estados em assegurar padrões aceitáveis de trabalho e de direitos fundamentais (moradia, saúde, educação, saneamento básico, lazer, etc.) aos indivíduos que passaram a circular mais facilmente entre os territórios estatais, gerando fluxos migratórios desproporcionais ao poder de absorção de alguns Estados, de outro.

No recente episódio internacional de saída do Reino Unido da União Europeia, por meio de emblemática decisão aprovada por referendo popular, que ficou conhecido como “Brexit”, o supramencionado dilema foi um dos argumentos mais fortes utilizados a favor da retirada do Reino Unido do bloco.

É indubitável que as questões políticas, econômicas e sociais globais, tais como os grandes fluxos migratórios e de refugiados, o aquecimento global, o terrorismo e o desrespeito sistemático a normas de Direitos Humanos, mas a estes não se limitando – não conseguem ser resolvidas pelos Estados-nação, tampouco pelas organizações internacionais governamentais, cuja autonomia limitada pela vontade estatal acabou por tornar os respectivos processos decisórios lentos e ineficazes, além de passíveis de interferências políticas indesejadas.

De acordo com Sartorius, citado por GOMES e VIGO³⁴, “a sociedade da globalização está sem governo e, em consequência, todo desarranjo, disfunção, especulação, trapaça ou violência pode encontrar assento sem maior obstáculo”. Na abalizada opinião do referido autor, “são imprescindíveis instrumentos de coesão social

³⁴ Cf. GOMES, L. F.; VIGO, R. L. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 153.

como os fundos de convergência, para facilitar infraestruturas físicas e educativas que permitam o crescimento sustentado do planeta”³⁵.

Nesse diapasão, uma governança global eficaz exige o “reconhecimento de uma pluralidade de níveis de atuação e de atores e toma como premissa a busca por cooperação, haja vista um contexto de globalização e interdependência”³⁶.

Um dos maiores desafios do direito internacional pós-moderno é justamente modelar a realidade social, transformando-se em direito de regulamentação³⁷, na medida em que passa a definir o comportamento dos Estados para concretizar os interesses gerais da sociedade global em seu conjunto.

A nova realidade internacional implica, ademais, a democratização do direito internacional, e por que não das relações internacionais. Para tanto, faz-se mister uma rediscussão dos papéis dos atores não estatais na dinâmica global, posto que “o fato de muitos deles participarem indiretamente do processo normativo internacional e de serem mencionados em tratados internacionais não faz com que se tornem ou sejam reconhecidos sujeitos de Direito Internacional”³⁸.

Com considerável incremento a partir da década de 90, a denominada sociedade civil global³⁹, caracterizada por iniciativas de cidadãos (individualmente ou de forma coletiva, como, por exemplo, organizações não-governamentais, movimentos sociais transnacionais, as redes de políticas globais) e do setor privado (corporações empresariais transnacionais) e, que ultrapassam as fronteiras dos Estados, “está diretamente ligada ao debate acerca das transformações do sistema internacional, da soberania estatal e da governança global”⁴⁰, desempenhando papel fundamental no processo de formulação de normas, na implementação de decisões ou políticas globais e no monitoramento da anuência dos Estados e Estados-membros a acordos internacionais.

³⁵ Cf. GOMES, L. F.; VIGO, R. L. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 153.

³⁶ Cf. LIMA, G. G. B. “O conceito de governança global do desenvolvimento sustentável no estudo da efetividade da norma jurídica: reflexões epistemológicas”. *Revista do Programa de pós-Graduação em Direito da UFC*, v.32.2, jul./dez.2012, p. 159.

³⁷ Em contraposição à preocupação simplista do direito internacional clássico de apenas disciplinar a coexistência entre Estados nacionais, por meio da restrição do uso da força.

³⁸ Cf. FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 230/231.

³⁹ “As últimas décadas viram nascer, ainda que de forma embrionária, uma sociedade civil global, que ignora as fronteiras nacionais e se exprime no novo cosmopolitismo, vivificado pela aglutinação de interesses supranacionais. A mundialização da economia, provavelmente a faceta mais visível da globalização em curso, alimenta-se da atividade das empresas multinacionais, principais artífices do sistema econômico moderno”. (In AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 31).

⁴⁰ Cf. HERZ, M.; HOFFMAN, A. R. *Organizações Internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 224/225.

Nessa senda, consoante salienta José Eduardo Faria⁴¹, o direito internacional contemporâneo caminha para o pluralismo normativo:

“(...) as tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais, articuladas em termos hierárquicos por uma estrutura constitucional, têm sua efetividade crescentemente desafiada pelo aparecimento de regras espontaneamente geradas nos diferentes ramos e setores da economia, a partir de suas necessidades específicas (como é o caso, por exemplo, dos procedimentos normativos oriundos das práticas mercantis adotadas pelas empresas transnacionais na economia mundial). Ocorrendo simultaneamente, essas mudanças contribuem para a erosão do monismo jurídico, outro princípio básico constituído e consolidado em torno do Estado-nação, e abrem caminho para o advento de uma situação e pluralismo normativo; ou seja: para a existência de distintas ordens jurídicas autônomas num mesmo espaço geopolítico, inter cruzando-se e interpenetrando-se de modo constante –o que coloca para o pensamento jurídico problemas novos e de difícil enquadramento em seus conceitos premissas e categorias convencionais”.

Para Amaral Junior⁴², desde a segunda metade do século XX o direito internacional sofre um intenso processo de fragmentação, responsável pela multiplicidade de normas (que em certos casos ocasiona incompatibilidades), gerado e fortalecido por uma série de fatores concorrentes, quais sejam: a intensificação da globalização; a proliferação das regras internacionais; o aumento da fragmentação política; a regionalização do direito internacional em razão do incremento de instâncias regionais de produção normativa (a exemplo dos blocos econômicos e organizações internacionais governamentais de âmbito regional); a emancipação dos indivíduos frente aos Estados-nação e a especialização da atividade regulatória internacional.

Nessa conjuntura, não se pode negar a relevância das empresas transnacionais como agentes da globalização, porquanto atuam em diversos países conforme diretrizes uniformes, formando verdadeiras redes orientadas para ampliar as vantagens competitivas, transformando-se em atores importantes nas relações internacionais da atualidade.

Como já mencionado, algumas dessas corporações possuem patrimônio líquido superior ao Produto Interno Bruto (PIB) de inúmeros países e fazem investimentos superiores aos orçamentos de muitos governos. Portanto, ainda que o direito internacional público relute em formalmente reconhecer a capacidade jurídica de tais empresas na esfera internacional, não se pode negar o seu poder e influência no processo de tomada de decisões internas e externas dos Estados-nação, posto que o aporte ou a retirada de investimentos do setor privado em determinado país pode causar grande impacto na economia local, gerando ou reduzindo postos de trabalho e renda,

⁴¹ Cf. FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p. 15/16.

⁴² Cf. AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

promovendo superávit ou déficit das contas públicas, enfim, aumentar ou diminuir as desigualdades sociais e regionais.

Dessa forma, parece clara a democratização do processo de produção de normas na ordem internacional pós-moderna, uma vez que, ainda que indiretamente, a sociedade civil global, e em especial as empresas transnacionais, atuam no processo de negociação e criação das normas internacionais.

Assim, malgrado seja forçoso admitir que sob o aspecto jurídico-formal clássico não se possa prescindir da intermediação do Estado nacional, seja no processo de formação das normas internacionais, seja no que diz respeito à aplicação de tais normas e à solução de disputas internacionais, haja vista a “manutenção direta de poder nas mãos do Estado e a ausência de algum ente supranacional com poderes de gestão e implementação do ordenamento jurídico internacional⁴³”, a tendência de democratização do direito internacional é notada no processo de governança global, que se estrutura em diversos níveis de gestão, os quais contam com a participação crescente e cada vez mais efetiva dos atores não-governamentais, notadamente das empresas transnacionais – principais agentes da globalização econômica.

A respeito do poder normativo dos grandes grupos empresariais multinacionais, Amaral Junior⁴⁴ destaca que: “Na qualidade de pólos de poder e fontes de normatividade, criam regulamentos internos, normas técnicas e códigos de conduta que disciplinam os comportamentos individuais”.

Sem prejuízo do até aqui exposto, para fazer frente aos desafios determinados pela nova realidade internacional, se faz necessário que os sujeitos e atores internacionais tenham o ser humano como foco na discussão das ações e políticas globais – seja do indivíduo considerado isoladamente, seja da humanidade como um todo, assegurando respeito aos direitos humanos de modo uniforme em todo o globo, sem distinção de qualquer natureza, de modo a garantir a paz, a segurança e uma distribuição mais equitativa das riquezas oriundas do comércio internacional e do desenvolvimento econômico

Em suma, “o 'governo' do planeta exige coesão social e inclusão de todos, porque a humanidade não alcançará nunca um padrão de civilização aceitável enquanto houver pessoas”⁴⁵ sem ter o que comer.

⁴³ Cf. FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

⁴⁴ Cf. AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 27.

⁴⁵ Cf. GOMES, L. F.; VIGO, R. L. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 153.

5. Considerações Finais

Como vimos, o fenômeno da globalização e fatores hodiernos como as diversas crises políticas e econômicas pelas quais passam os Estados-nação nos últimos anos, a fragmentação do direito internacional, os grandes fluxos migratórios e de refugiados, o aquecimento global, o terrorismo e o desrespeito sistemático a normas de Direitos Humanos, têm colocado sob questionamento o papel desempenhado pelos tradicionais sujeitos de direito internacional público - Estados nacionais e organizações internacionais governamentais - no atual processo de governança global.

Se, de um lado, não restam dúvidas quanto à exaustão do modelo atual de Estado-nação e, por conseguinte, de organizações internacionais governamentais, a exigir o seu premente redimensionamento jurídico e político, há pouco consenso acerca da solução que o substituirá com vistas a assegurar a paz e a segurança internacionais e a promover o desenvolvimento econômico e social global de maneira mais equitativa.

A ordem internacional pós-moderna, remarcada pelo pluralismo jurídico, requer a ampliação da participação de novos atores na definição das políticas públicas planetárias e o respeito à multiplicidade cultural, à ética e à solidariedade global, não sendo mais admissível a manutenção da mera vontade estatal, pautada no conceito de soberania que não corresponde mais a um poder capaz de solucionar as demandas atuais da sociedade global, como fundamento de validade e obrigatoriedade das normas de Direito Internacional.

Desse modo, ante o papel de protagonismo assumido pelas corporações empresariais transnacionais no processo de globalização e o incontestável poder de influência que exercem na formação das normas de Direito Internacional e na tomada de decisões tanto no âmbito local como na esfera global, o presente estudo propõe a democratização do direito internacional, por meio do implemento de um novo modelo de governança global que atribua maior segurança jurídica e legitimidade à atuação das empresas transnacionais no processo de definição das políticas públicas planetárias.

Por fim, é fundamental esclarecer que o debate aqui promovido não tem a pretensão de esgotar o debate sobre propostas alternativas ao atual modelo de governança global, mas sim o propósito de instigar a reflexão e fomentar o pensamento jurídico a solucionar os desafios impostos pela sociedade global pós-moderna.

6. Referências Bibliográficas

- AMARAL JUNIOR, A. do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.
- AMARAL JUNIOR, A. do. *Curso de direito internacional público*. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.
- COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa comunidade global*. Relatório da Comissão sobre governança global. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1996.

- FARIA, J. E. *O direito na economia globalizada*. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.
- FLOH, F. “Direito internacional contemporâneo: elementos para a configuração de um direito internacional na ordem internacional neo-vestfaliana”. *Direito internacional, humanismo e globalidade*. SOARES, G. F. S.; CASELLA, P. B. [et al.]. (org.). São Paulo: Atlas, 2008. p. 219-235.
- GOMES, L. F.; VIGO, R. L. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções* (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GONÇALVES, A. F. ; COSTA, J. A. F. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.
- HERRSCHEL, T.; NEWMAN, P. *Cities as International Actors: urban and regional governance beyond the Nation State*. Palgrave Macmillan, London, 2017.
- HERZ, M.; HOFFMAN, A. R. *Organizações Internacionais: história e práticas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- KRAHMANN, E. “National, Regional and Global Governance: one phenomenon or many”. *Global governance*, v.9. 2003, p. 323-346.
- LIMA, G. G. B. “O conceito de governança global do desenvolvimento sustentável no estudo da efetividade da norma jurídica: reflexões epistemológicas”. *Revista do Programa de pós-Graduação em Direito da UFC*, v.32.2, jul./dez.2012, p. 157-178.
- MATIAS, E. F. P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MAZZUOLI, V. de O. *Curso de direito internacional público*. 9.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- M. RODRIGUES, D. “Os limites do Estado na sociedade mundial: entre política e direito”. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. LIMA, M. C. A. (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. Tradução Luis Reyes Gil. São Paulo: LeYa, 2013.
- RODRIGUES, G. M. A. *Organizações internacionais* (Livro eletrônico). São Paulo: Moderna, 2014.
- SEITENFUS, R. A. da S. *Manual das organizações internacionais*. 5. ed. rev., atual. e amp. 2. Tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- VASCONCELOS, R. C. de. “Unidade, fragmentação e o Direito Internacional”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO BRASIL. ÓRGÃO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA OU SIMULACRO DE JURISDIÇÃO?

THE TAX ADMINISTRATIVE LITIGATION IN BRAZIL. ADMINISTRATIVE REVISION BODY OR JURISDICTION SIMULATOR?

Raymundo Juliano Rego Feitosa¹

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

Gustavo Henrique Maciel De Oliveira

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP²

Sumário: 1. Introdução.; 2. Discussão e apresentação dos resultados parciais.; a) O tema dos deveres fundamentais.; b) Mas o que são os deveres fundamentais?; c) O Estado fiscal.; d) O lançamento tributário no Brasil como instrumento de realização do Estado Fiscal.; e) O controle e a irresignação.; f) O direito fundamental de petição para cumprimento do dever fundamental de pagar imposto justo, pela via administrativa.; g) A revisão do lançamento.; h) Delimitações do objeto da pesquisa.; i) Leitura equivocada e empoderamento do contencioso administrativo tributário.; j) Complexização da questão tributária.; k) Órgão de revisão administrativa ou simulacro de jurisdição?; 3. Conclusão.; 4. Referências.

1. Introdução.

Pagar tributos não é tarefa de muita aceitação social, muito embora o que predomine no Brasil seja o recolhimento espontâneo. Nesse contexto, o CASALTA NABAIS, a partir de sua tese de doutoramento, propôs um olhar de maior completude acerca do fenômeno estatal da tributação, especificamente, no que tange à sustentação da máquina prestadora do *bem comum*, que, dentre outras funções, visa instituir e efetivar constitucionalmente a ideia de direitos fundamentais.

A aparente novidade trazida pelo Prof. CASALTA NABAIS está basicamente no fato de se identificar um custo para a efetivação desses direitos assecuratórios da dignidade humana, ou seja, um custo para os direitos. Tal custo é computado a partir da ideia de um dos deveres fundamentais, o de pagar impostos.

¹ Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito - Universidad Autonoma de Madrid. Pós-Doutor na Universidad Castilla La Mancha. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP - Mestrado e Doutorado em Direito, Julgador Administrativo-Tributário (aposentado) do Tesouro Estadual do Estado de Pernambuco, Brasil. Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. Advogado

² Pós-graduado - Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Brasil. Mestrando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Auditor Fiscal do Tesouro Estadual do Estado de Pernambuco, Brasil.

Os deveres fundamentais não são meros aspectos (limites) dos direitos fundamentais. Constituem-se em verdadeiras categorias ou figuras jurídicas próprias, muito embora, o esquecimento normativo-constitucional ou o fraco tratamento doutrinário-constitucional pareçam sugerir o contrário, no mundo jurídico ocidental.

Apresenta-se, pois, nesta pisada, a ideia do dever fundamental de pagar impostos³, implícito na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), como o que está por detrás da pretendida efetivação dos direitos fundamentais, que não se implementam, por óbvio, como obra ou fenômeno da natureza, mas, ao contrário, como resultado do esforço da sociedade que se organizou em entidade juridicizada (o Estado), não tendo outro fim, a não ser: prestar o bem comum e permitir a convivência harmoniosa das liberdades, sustentadas e garantidas por uma participação no sistema econômico, tudo isso viabilizado, salvo raras exceções, pela tributação e pela despesa pública.

Neste ponto, há de se ressaltar que a legitimação do Estado perpassa pela legitimação de seu mecanismo de manutenção: a tributação.

Assim, deve-se considerar, ainda que o qualificador “*justo*” esteja, por óbvio, implícito, que o *dever fundamental* não é apenas de pagar impostos, mas sim o de pagar impostos *justos*.

Neste sentido, o adimplemento de tal dever fundamental, ressalte-se, essencial para o funcionamento do Estado, há de estar suscetível de verificações legitimadoras, tanto pelos órgãos externos de controle da atividade executiva tributária (os Poderes Judiciário e Legislativo), quanto pelos seus próprios mecanismos internos de autotutela, os denominados contenciosos administrativos tributários, que no sistema tributário brasileiro não integram a estrutura burocrática do Poder Judiciário.

Considerando as ponderações iniciais, busca-se com o presente trabalho, além da revisão de literatura, fazer-se uma análise de textos normativos que instituíram e dão operatividade ao exercício da *autotutela* na administração tributária, dos entes federados do Estado brasileiro.

A partir de uma abordagem que pretende uma aproximação entre o *Direito* e a *Linguagem*, busca-se, pois, trazer à superfície as possíveis intenções das classes hegemônicas no Brasil, na medida em que se mitiga o acesso a uma *justiça fiscal*, viabilizadora da distribuição de renda (em última análise), ou dos governos pouco republicanos, mais interessados em garantir, a todo custo, a arrecadação tributária.

A *pseudoneutralidade* dos órgãos de “julgamento” administrativo tributário não resiste ao fato de que tais órgãos, singulares ou colegiados (quando compostos por servidores administrativos e advogados, que até bem pouco tempo cumulavam as

³ O Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, define, em seu art. 16, imposto como o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação *independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte*.

atribuições de “juizadores tributário” como o exercício da advocacia), no desempenho do mister de rever os atos tributários primários (lançamentos tributários) atuam segundo uma *cognição limitada* aos atos normativos infralegais e infraconstitucionais, não podendo deles se apartarem, ainda quando flagrantemente se apresentam em dissonância com a ordem constitucional.

De fato, como se falará mais adiante, os órgãos do contencioso administrativo tributário, no Brasil, não podem deixar de aplicar atos normativos, emanados do Poder Executivo ou do Legislativo, ainda que sob o fundamento de sua suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade. Tal limitação revela a sua incompatibilidade com uma suposta atuação jurisdicional.

Assim, afastando-se da ideia de uma linguagem idiossincrática para o Direito, pretende-se, a partir de procedimentos metodológicos, na pesquisa que já alcançou resultados parciais, analisar o aparente equívoco de se terem empoderado os órgãos administrativos de revisão tributária com uma *roupagem judiciária*, tanto na forma institucional como se apresentam (*tribunais, juízes e julgadores tributários*), bem como na forma como atuam, considerando uma aproximação inadequada, para não dizer exagerada, do formalismo processual judiciário, que tais órgãos se utilizam para simular uma atuação jurisdicional, que não existe de fato.

Inicia-se, pois, contextualizando-se o problema da *revisão do lançamento tributário*, passando-se, antes, pelo *dever fundamental de pagar impostos justos*.

Neste ponto, chega-se à pergunta da presente pesquisa, ou seja:

As estruturas organizacionais dos denominados “contenciosos administrativos tributários” dos entes federativos da República brasileira são inadequadas à efetivação do direito de petição dos contribuintes, do dever fundamental de pagar imposto justo e da concretização da autotutela administrativa?

2. Discussão e apresentação dos resultados parciais.

No caso de ser afirmativa a resposta à pergunta posta, é possível considerar que tal complexidade (ou inadequação) da legislação tributária processual administrativa seja decorrente de um discurso ideológico de camadas dominantes da sociedade brasileira ou de governos *dessintonizados com os interesses primários do Estado*, na medida em que se construiu, ao longo dos anos, uma estrutura institucional, no seio das administrações tributárias da Federação brasileira, que, ao invés de concretizar o acesso à justiça, mitigou-a. Esse é, pois, o objeto da pesquisa que se apresenta: a eventual inconcretude do acesso à justiça fiscal no Brasil.

a) O tema dos deveres fundamentais.

É de se ressaltar que pela primeira vez na história constitucional do Brasil, os direitos fundamentais foram tratados com a devida relevância, na Constituição de 1988.⁴

Objeto central deste trabalho, o direito de petição, concretizador de face do acesso à justiça física (ao lado do direito de ação – de provocar a máquina judiciária, para obter-se uma prestação verdadeiramente jurisdicional), guarda a intrínseca noção de direito fundamental, considerando a sua nota de fundamentalidade, que de acordo com ROBERT ALEXY, acompanhado por J. J. GOMES CANOTILHO, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.⁵

Quanto a sua *fundamentalidade formal*, pode-se enquadrar o *direito de petição* como direito fundamental por vários aspectos, a saber: a) sua posição no ápice de todo o ordenamento jurídico, vez que integrante da constituição escrita; b) sujeição aos limites formais e materiais para reforma constitucional, que o posicional como cláusula pétrea (art. 60 da CRFB⁶); c) sua aplicabilidade imediata⁷, na forma do art. 5º, § 1º, da CRFB. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Já no que toca a sua *fundamentalidade material*, o direito de petição integra o rol de decisões fundamentais.⁸

Começa-se, pois, por uma abordagem do tema dos *deveres fundamentais*, sobre o qual lançou luzes CASALTA NABAIS da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a partir de sua tese de doutoramento sobre o *dever fundamental de pagar impostos*⁹.

Em síntese, CASALTA NABAIS propõe um olhar de maior completude acerca do fenômeno estatal da tributação, especificamente, no que tange à sustentação da máquina prestadora do *bem comum*, que, dentre outras funções, visa instituir e efetivar constitucionalmente a ideia de direitos fundamentais.

Neste sentido, é de se conceituar a *atividade tributária do Estado* como sua atuação de império, segundo a qual, a partir da constatação das manifestações

⁴ Neste sentido, SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado, p. 64.

⁵ Cfr. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado. 2015. 12ª. Edição p. 75 e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina, p. 509.

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷ CRFB/88. Art. 5º, § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁸ Cfr. SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado. 2015. 12ª Edição, pp. 75 e 76.

⁹ Em um pano rápido, pode-se apresentar o termo *tributo* como gênero do qual são espécies os *impostos*, as *taxas* e a *contribuição de melhorias*, decorrente de obras públicas, na forma do art. 145 da CRFB/1988 (Constituição da República Federativa do Brasil). Neste sentido, nas referências deste trabalho acerca da tese de CASALTA NABAIS, é de se considerar o termo imposto no seu sentido leigo, ou seja, para incluir todas as espécies tributárias previstas na CRFB. A tese de CASALTA NABAIS foi posteriormente publicada em livro que recebeu o título de “*Dever Fundamental de Pagar Impostos*” (Almedina. 2004).

inequívocas de riqueza, a máquina estatal (fiscalização e arrecadação tributárias) *recolhe* parte do patrimônio particular dos administrados-contribuintes (antes súditos do monarca), para fazer frente aos custos da prestação de suas atividades administrativas básicas: prestação de serviços públicos, exercício de poder de polícia (controle sanitário de alimentos, p.ex.) e *fomento*¹⁰ (incentivo à atividade econômica, por meio de subsídios e incentivos fiscais e financeiros).

A aparente novidade trazida por CASALTA NABAIS está basicamente no fato de se identificar um *custo* para a efetivação desses direitos assecuratórios da dignidade humana, ou seja, um *custo para os direitos*.

Em breve abordagem histórica, CASALTA NABAIS parte da constatação de um *esquecimento* pelas constituições europeias do período posterior à Segunda Guerra, no que tange, especificamente, a uma menção expressa dos *deveres fundamentais*. Da mesma forma, ressalta o mestre de Coimbra, configurou-se tal *esquecimento*¹¹ nas constituintes das Cartas europeias da década de setenta, das quais destaca a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.¹²

Na CRFB, promulgada em 1988, ainda se vê essa tendência (de esquecimento), até porque o mesmo motivo, apresentado por CASALTA NABAIS, quando das promulgações das constituições europeias do pós-guerra e da década de setenta, também se apresentou no Brasil da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, ou seja, o fim de um período ditatorial e totalitário; daí, pois, a justificativa de não vermos na CRFB capítulos ou seções autônomas para uma apresentação, ao menos propedêutica, de deveres do cidadão para como a comunidade da qual é integrante e *responsável*.

A despeito desse *esquecimento*, na CRFB, abrindo o Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, vê-se o Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, como se, entretanto, os *deveres* fossem, apenas, uma dimensão dos direitos e

¹⁰ CRFB/88. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*; (...) Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, *admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País*;

¹¹ CASALTA NABAIS atribui tal esquecimento ao fato das Constituições da Europa Ocidental, do pós-guerra, terem sido construídas após períodos ditatoriais e totalitários, nos quais predominavam aspectos que, desde G. Jellinek, se vem designando por *status passivus* ou *status subjectionis* do cidadão, revelador de uma posição do indivíduo em relação ao Estado mais apta a posicioná-lo enquanto devedor de obrigação para como aquele, e menos apta a posicioná-lo como titular, ao menos, de um espaço mínimo de liberdade contra as ingerências do Poder Público .

¹² Em comentário acerca dessas constituições, CASALTA NABAIS leciona: “preocuparam-se de uma maneira dominante, ou mesmo praticamente exclusiva, com os direitos fundamentais ou com os limites ao(s) poder(es) em que estes se traduzem, deixando por conseguinte, ao menos aparentemente, na sombra os deveres fundamentais, esquecendo assim a responsabilidade comunitária que faz dos indivíduos seres simultaneamente livres e responsáveis, ou seja, pessoas ^{6º}. NABAIS, J. C. *Dever fundamental de pagar impostos*. Almedina. Coimbra, 2004, pp. 17 e 18

não uma *categoria jurídica autônoma*. Podendo-se, pois, encontrar, acerca dos deveres fundamentais, referências esparsas no Texto Constitucional.¹³

b) Mas o que são os deveres fundamentais?

Os *deveres* fundamentais não são meros aspectos (*limites*) dos *direitos fundamentais*. Constituem-se em verdadeiras *categorias* ou *figuras jurídicas próprias*, muito embora, o esquecimento normativo-constitucional ou o fraco tratamento doutrinário-constitucional pareçam sugerir o contrário.

Apresenta-se, pois, nesta pisada, a ideia do *dever fundamental de pagar impostos*¹⁴, *implícito* na Constituição brasileira, como o que *está por detrás* da pretendida efetivação dos *direitos fundamentais*, que não se implementam, por óbvio, como obra ou fenômeno da natureza, mas, ao contrário, como resultado do esforço da sociedade que se organizou em entidade juridicizada (o Estado), que não tem outro fim, a não ser: prestar o *bem comum* e permitir a convivência harmoniosa das liberdades, sustentadas e garantidas por uma participação no sistema econômico, tudo isso viabilizado, salvo raras exceções, pela tributação e pela despesa pública.¹⁵

c) O Estado fiscal.

CASALTA NABAIS leciona que não se trata de conceito novo a ideia que procura traduzir a expressão *estado fiscal*, muito embora seja quase trivial que, hodiernamente, se possa afirmar que o atual Estado, sobretudo o *desenvolvido*, seja um estado fiscal, que

¹³ De forma esparsa, se pode encontrar a positivação expressa de alguns *deveres*, ainda que, às vezes, apresentados de forma coletivizada ou sob o signo de uma “responsabilidade”, tais como: a) o dever de amparo aos idosos (art. 230); b) o dever que têm os pais de assistir, criar e educar os filhos menores, bem como o dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); c) o dever da família, da sociedade e do Estado de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem (art. 227); d) o dever de promoção da segurança pública, responsabilidade de todos (art. 144); e) a promoção da educação, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (art. 205); f) a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbência do Poder Público e da coletividade (art. 225). Não se pode também olvidar do dever de votar (art. 14, § 1º; ou de ao menos comparecer ou justificar o não comparecimento para votar), nem do serviço militar obrigatório (art. 143), ou serviço alternativo (no caso de reserva de consciência).

¹⁴ A propósito da existência das espécies tributárias, previstas constitucionalmente, na forma do art. 145 da CRFB: impostos, taxas, contribuições de melhorias, além das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias, delimita-se o dever fundamental de pagar o imposto, enquanto espécie do gênero tributo que, para além dos contornos gerais fornecidos pelo art. 3º do CTN, apresenta-se como espécie tributária devida pelo sujeito passivo praticante da *hipótese*, genericamente prevista na norma abstrata, o *fato impositivo*, mas, sem contudo suscitar qualquer atividade estatal prestada a tal contribuinte, tudo na forma preconizada pelo art. 16 do CTN. Essa peculiar situação, não *contraprestacional* direta, do imposto em relação ao contribuinte, vinculado diretamente ao *fato gerador*, traz a relevância da nota de *responsabilidade social* do indivíduo, titular de direitos fundamentais, que contribuindo para a tributação, está concomitantemente, viabilizando, por sua parte, para viabilização da efetivação de direitos fundamentais.

¹⁵ Neste sentido, CASALTA NABAIS leciona: “por detrás dos valores comunitários, que são função directa dos deveres fundamentais, se encontram as pessoas humanas e a sua eminente dignidade⁶⁰. Isto é, a realização desta passa também pela existência de deveres fundamentais.” NABAIS, J. C. *Dever fundamental de pagar impostos*. Almedina. Coimbra, 2004, p. 40.

não pode, salvo raras exceções, como já se disse, prescindir da tributação para poder prestar as atividades que lhe dão razão de existir.¹⁶ Assim, num pano rápido, pode-se afirmar que, de regra, o único¹⁷ *dinheiro* de que dispõe o Estado para prestar o *bem comum* é o *dinheiro* arrecadado do contribuinte.

Com o desenvolvimento dos direitos de *segunda e terceira dimensões*, pode-se inferir que, seguramente, o dever fundamental de pagar impostos se apresenta para muito mais além das pretensões do estado moderno liberal oitocentista. Neste sentido, CASALTA NABAIS leciona:

Pelo que, o dever de pagar impostos constitui um dever fundamental como qualquer outro, com todas as consequências que uma tal qualificação implica. Um dever fundamental, porém, que tem por destinatários, não todos os cidadãos de um estado, mas apenas os fiscalmente capazes, incluindo-se neles, de um lado, as pessoas (ou organizações) colectivas e, de outro, mesmo os estrangeiros e apátridas^{4, 18}

d) O lançamento tributário no Brasil como instrumento de realização do Estado Fiscal.

A par das dificuldades para a captação de recursos mantenedores da prestação das atividades do Estado, é de se considerar a necessidade da existência da fiscalização tributária, concretizada, ao fim e ao cabo, pela estrutura burocrática de órgãos desconcentrados da Administração, incumbidos da constituição do crédito tributário, que no Brasil se opera com edição do ato administrativo denominado de *lançamento tributário*.

Na forma da prescrição do art. 142 do CTN (diploma normativo equivalente da Lei Geral Tributária – LGT, em Portugal), entende-se por lançamento o “*procedimento administrativo*” que compete privativamente à autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do

¹⁶ Leciona, ainda: “Pois, sendo o estado fiscal o estado cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por imposto¹², facilmente se compreende que ele tem sido (e é) a regra do estado moderno. Todavia, se é certo que este, pela própria natureza da realidade económica moderna, é necessariamente um estado financeiro – um estado cujas necessidades materiais são cobertas através de meios de pagamento, ou seja, de dinheiro¹³ que ele obtém, administra e aplica, e não, salvo em caso muito excepcionais e limitados, através de prestações naturais (prestações em espécie ou de *facere*) exigidas aos seus cidadãos -, não é menos certo que ele nem sempre se tem apresentado como um estado fiscal, havendo estados que claramente configuraram (ou configuram) verdadeiros estados proprietários, produtores ou empresariais¹⁴”. NABAIS, J. C. *Dever fundamental de pagar impostos*. Almedina. Coimbra, 2004, pp. 194 e 195, Nota 18.

¹⁷ Salvo, por óbvio, a obtenção de recursos pela atuação direta de exploração económica, atuando com ou sem regime de monopólio.

¹⁸ Neste sentido, NABAIS, J. C. *Dever fundamental de pagar impostos*. Almedina. Coimbra, 2004, p. 196.

tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Para além das impropriedades do conceito legal brasileiro, bem como das modalidades em que se pode classificar, pode-se sintetizar a categoria como “o ato administrativo de aplicação da norma tributária material”, à luz da precisão doutrinária de ALBERTO XAVIER.¹⁹ Ou ainda, como leciona ALIOMAR BALEEIRO, “trata-se do caso em que a lei determinará que o procedimento seja de iniciativa unilateral da autoridade fiscal”.²⁰

É, portanto, por meio do lançamento *de ofício* que o tributo (gênero da espécie imposto, na forma do art. 145 da CRFB²¹) se instrumentaliza em exigência, quando necessária a atuação administrativa, a exigência do dever fundamental de pagar o imposto.²²

Neste ponto, vale destaque para a lição de SOUTO MAIOR no sentido de que o lançamento, no Direito positivo do Brasil, só existe quando praticado por órgão da Administração Pública, “só há lançamento na esfera administrativa”.²³

Mas, como se disse no início, pagar tributos não é tarefa de muita aceitação social, sobretudo considerando o afã governamental de suprir os cofres públicos de recursos. Neste sentido há de se considerar a possibilidade de irresignação por parte do administrado chamado à exação fiscal.

¹⁹ XAVIER, A. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2ª ed., p. 58. Neste sentido, frise-se que neste trabalho de apresentação de resultados iniciais, utiliza-se o termo lançamento, em seu sentido lato (impropriamente dado pelo CTN em seu art. 142) ou seja, tanto para expressar o ato de imposição de penalidade tributária, aplicador da norma tributária- penal, concretizado pela lavratura dos autos de infração ou de apreensão, no Estado de Pernambuco, como também para declarar a existência e o quantitativo da prestação tributária e na sua consequente exigência.

²⁰ BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Editora Forense. 11ª Ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 822.

²¹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

²² Trata-se, neste ponto, do *lançamento de ofício*, espécie que no Brasil, consiste na concretização do dever-poder de constituir o crédito tributário, nos casos previstos no art. 149 do CTN, ou seja: I - quando a lei assim o determine; II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária; III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade; IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

²³ BORGES, J. S. M. *Lançamento Tributário*. Malheiros, 2ª Ed. São Paulo, 1999, p.132.

e) O controle e a irresignação.

Princípio basilar e inafastável da Administração Pública é o da *legalidade*. É positivado pelo disposto no art. 5º, II, da CRFB/88, segundo o qual: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Guiado pelo mesmo norte do Estado de direito, a Constituição, de modo específico, dispôs no *caput* do seu art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá, dentre outros princípios, os da *legalidade* e da *eficiência*.

Surge, pois, desses princípios basilares a possibilidade de controle da Administração, que se concretiza pelas vias funcionais do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, na forma dos arts. 5º, XXXV e 52, XV, da CRFB²⁴.

A despeito do acima exposto, há se considerar a possibilidade de *autocontrole da Administração*, oportunidade em que ela própria afasta do mundo jurídico seus próprios atos, quando eivados de ilegalidades. Opera-se essa autotutela seja por meio de impugnação do administrado (contribuinte irresignado), seja de ofício, na forma do art. 145 do CTN²⁵. É, pois, uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Cabe, portanto, ao contribuinte irresignado com a exação tributária, insurgir-se contra a mesma, seja recorrendo ao Poder Judiciário, propondo uma *ação judicial anulatória* (ou *constitutiva negativa*) contra o ato de lançamento; ou, servindo-se do denominado “contencioso administrativo tributário”, impugná-lo pela via administrativa, concretizando o exercício do *direito de petição*, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CRFB²⁶.

Neste ponto, cabe esclarecer que diferentemente de Portugal, no Brasil, os órgãos do contencioso administrativo tributário não integram a estrutura do Poder Judiciário (Judicial), fazem parte sim da estrutura do Poder Executivo dos entes federativos da República Brasileira: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tais órgãos, portanto, não produzem decisões amparadas pela *coisa julgada*, cabendo, pois, ao

²⁴ CRFB. 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: ... XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: ... XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

²⁵ CNT. Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - impugnação do sujeito passivo; II - recurso de ofício; III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

²⁶ CRFB. 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: ... XXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

contribuinte irresignado, após o longo percurso do processo administrativo tributário brasileiro (com mais de uma instância, vários recursos, sustentações orais, baixas para diligências, perícias e demais atos processuais incompatíveis como o seu propósito), recorrer à via judiciária, ocasião onde haverá um novo caminho cognitivo, não se aproveitando, de regra, tudo o que fora produzido na revisão da via administrativa.

Corroborar o entendimento anterior a lição de SOUTO MAIOR BORGES, ao dizer que “Mesmo os atos emanados de órgão da Administração em sede contenciosa não são atos jurisdicionais porque embora emitidos para solver um contraditório, são provimentos unilaterais de autoridade”.²⁷

Ainda na esteira da distinção supra, tem-se a lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, ao tratar da denominada “coisa julgada administrativa”, referindo-se aos casos em que a “Administração decidir um dado assunto em última instância, de modo contencioso”, dispondo que terceiros (administrados) não estão impedidos de buscar juridicamente a correção do ato (lançamento).²⁸

f) O *direito fundamental de petição* para cumprimento do dever fundamental de pagar imposto *justo*, pela via administrativa.

O exercício da tutela administrativa ofertada ao contribuinte tem sustentação, portanto, no *direito de petição*.

Como decorrência do *princípio da legalidade*, se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade. Neste sentido, leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que é pelo exercício da *autotutela* que a Administração promove o controle sobre os seus próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes, independentemente da via judicial.²⁹

Esse poder da Administração está consagrado em duas súmulas do STF - Supremo Tribunal Federal. Dispõe a Súmula n.º 346 que a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos; já segundo a de n.º 473, a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, respeitada a apreciação judicial.

O não exercício desse *dever-poder* de rever seus próprios atos, para anular os ilegais, enfraquece sobremaneira um outro princípio da administração pública, não menos importante, o da *presunção de legitimidade e veracidade*. É que, considerando o fato de estar a Administração submissa à *legalidade*, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância da lei.

²⁷ BORGES, J. S. M. *Lançamento Tributário*. Malheiros, 2ª Ed. São Paulo, 1999, p.130.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 32ª Ed. São Paulo, 2014, p.472.

²⁹ DI PIETRO, M. S. Z., *Direito Administrativo*. 14ª Ed, p. 73.

Além da construção jurisprudencial sumulada, com a edição da Lei Geral de regulamentação do processo administrativo (Lei Federal n.º 9.784/1999), o princípio da *autotutela* recebeu positivação por meio do disposto no art. 53 do referido diploma.

Neste sentido, prescreve o ato legal: "*a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.*"

Reconheça-se, desde já, que distorções existem neste mister, seja por erros de análises, seja em decorrência da injustificável demora para o fornecimento de uma *resposta competente* ao contribuinte não resignado com a exação estatal.

Em esforço de síntese: a exigência do *imposto* indevido, numa atuação apartada dos *interesses públicos primários*³⁰, deslegitima a *atividade tributária* e, em última análise, o próprio Estado.

g) A revisão do lançamento.

Deve-se entender por *lançamento tributário*, em seu sentido *lato*, impropriamente conferido pelo CTN³¹, em seu art. 142³², ou seja, tanto para expressar o *ato de imposição de penalidade tributária*, aplicador da *norma tributária-penal*, quanto para declarar a existência e o quantitativo da prestação tributária que se deverá adimplir³³. Prestação tal, que se torna exigível a partir da notificação do sujeito passivo (contribuinte ou responsável).

Nesta pisada, apresentam-se as figuras dos *atos tributários secundários*³⁴, aos quais se refere o art. 145 do CTN, quando estabelece que o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I - *impugnação do sujeito passivo*; II - *recurso de ofício*; III - *iniciativa de ofício da autoridade administrativa*, nos casos previstos no art. 149, também do CTN.

Assim, o titular do dever fundamental de pagar imposto pode se insurgir contra a exação estatal, seja por meio do exercício do *direito de petição* (impugnação administrativa, art. 145, I, do CTN), seja por meio do exercício do *direito de ação*, invocando, neste caso, a prestação da *tutela jurisdicional* propriamente dita, na forma

³⁰ Interesses vinculados à prestação do bem comum.

³¹ Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

³² Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

³³ Neste sentido, XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2ª ed., p. 58.

³⁴ Consistem na anulação, confirmação ou reforma de atos tributários primários (lançamentos e atos de imposição de penalidade tributária).

do art. 5º, XXXV, segundo a qual, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

h) Delimitações do objeto da pesquisa.

Nesta apresentação de resultados parciais da pesquisa, ainda em curso, delimita-se, pois, a investigação por meio de um olhar acerca do exercício do *direito de petição*³⁵, materializado, na seara da tributação, pela impugnação do lançamento, na forma do art. 145, I, do CTN, apresentada pelo “devedor” do imposto.

A partir da ciência da notificação do lançamento (*auto de infração* ou *notificação de lançamento*), oferta-se ao *sujeito passivo*³⁶ um prazo para impugná-lo. Inicia-se, neste ponto, o que se pode chamar de *fase litigiosa do procedimento*.

Segundo ensina ALBERTO XAVIER:

É necessário distinguir a revisão como "procedimento" e a revisão como "ato", pois em linguagem jurídica precisa, a revisão tanto pode significar o procedimento tendente à reapreciação de um ato jurídico, como o próprio ato em que esse procedimento se encerra. Este ato - que é um *ato secundário*, no sentido já atrás definido - pode revestir duas modalidades: a *confirmação* ou a *alteração* do *ato primário*, a qual por sua vez pode traduzir-se numa *anulação* ou, no caso de revisão de ofício, num *lançamento suplementar*.³⁷

Com maior razão, mais do que o próprio lançamento (ato primário), sua *revisão administrativa* (ato secundário) deve se coadunar com os preceitos normativos, aplicando ao caso concreto a norma tributária, sistemicamente considerada, que legitime a ação estatal de cobrar impostos justos.

No Brasil, após sucessivas experiências, se tem uma *jurisdição una*, na qual somente ao Poder Judiciário se confere a competência, reveladora de uma soberania interna, para se "dizer o direito".

Ressalte-se, neste ponto, algumas das conclusões as quais chegou EDUARDO BOTELHO GUALAZZI, ainda sob a égide da Constituição de 1967, com a redação que lhe conferiu a Emenda de 1969, em sua tese para obtenção do título de livre docente da Faculdade de Direito de São Paulo, segundo as quais: a) no Brasil jamais existiu o contencioso administrativo do *modelo francês*; b) a justiça administrativa no Brasil é

³⁵ CR/88, art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; ... XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁶ CTN. Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

³⁷ XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2ª ed., p. 240.

desempenhada no sistema de *jurisdição una*, “transparecendo como *inútil* para o nosso País o contencioso administrativo de modelo francês”.³⁸

No arranjo institucional da divisão das funções típicas de Estado na República brasileira, somente ao Judiciário compete constituir a denominada *coisa julgada*, assecuratória da estabilização das relações jurídicas, na forma do supracitado art. 5º, XXXV, da CRFB.

i) Leitura equivocada e *empoderamento* do contencioso administrativo tributário.

A despeito dos preceitos constitucionais que regem a prestação jurisdicional, a partir de uma leitura equivocada dos dispositivos disciplinadores da *revisão do lançamento tributário* (art. 145 e 149, I, VII e IX, do CTN), que nada mais é do que um ato *administrativo secundário*, emponderou-se uma “instituição” que, muito embora se proponha a garantir o acesso a uma justiça fiscal, na verdade, constituiu-se, aparentemente, em um *simulacro de jurisdição*, na medida em que além de estar limitada em sua cognição, vez que não aplica ao caso concreto todo o peso do ordenamento, não tem oferecido uma resposta satisfatória para seu mister institucional, no desenho da legitimação democrática da atividade tributária do Estado.

Vale, neste ponto, ressaltar que, considerando tanto o controle interno, levado a cabo pelos contenciosos administrativos tributários, bem como pelo controle externo, oferecido pelo Poder Judiciário, encontra-se inscrito em dívida ativa (no somatório de todos os entes federados) um total na casa dos trilhões de reais.

Trata-se, em verdade, dos órgãos das administrações tributárias dos vários entes federados brasileiros, que utilizando-se de terminologias equivocadas ou inadequadas, em não raros casos, denominaram seus servidores públicos de “juízes tributários”.

Por sua vez, denominaram-se os colegiados integrados por tais servidores e também por representantes dos segmentos econômicos (advogados, de regra) de “tribunais”, compostos por turmas, câmaras, cortes especiais e tribunais plenos, numa estrutura *aparentemente judiciária*, mas que, na verdade, tem natureza jurídica de órgãos desconcentrados das respectivas administrações públicas tributárias, não formam, pois, coisa julgada, com suas decisões de mera revisão do ato administrativo (lançamento).

A partir de uma aparência de órgão Judiciário, tais órgãos desconcentrados da Administrações Tributárias geram a falsa expectativa de que se ofertará ao contribuinte, irredimível com a exação estatal, a possibilidade de uma justiça fiscal, mediante aplicação de todo o peso da esfera do ordenamento jurídico. Ignora-se, entretanto, a

³⁸ GUALAZZI, E. L. B. *Justiça Administrativa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1986.

limitação de cognição de que padecem tais órgãos administrativos, na medida em que não podem avançar no controle de constitucionalidade ou de crise de legalidade.

De outra banda, há de considerar a possibilidade de uma subutilização de recursos públicos, na medida em que se direcionam verbas para caminhos, muitas vezes, procrastinatórios da realização do dever fundamental de pagar imposto.

O *direito a uma resposta* da administração, a ser efetivado por meio do exercício da autotutela, não se deve dar, na seara das relações tributárias, à semelhança da ritualística sofisticada e solene de um processo judicial, sob pena de, num país como o Brasil (de grandes e antigos problemas) se estar incumbindo órgãos de Poderes diferentes para realizarem aparentemente o mesmíssimo trabalho.

Ocorre que, como órgão de natureza administrativa, e não judiciária, aos órgãos do contencioso administrativo tributário brasileiro não lhe competem o exame da legalidade, estrito senso, dos atos normativos que serviram de fundamento para o lançamento tributário, levado a cabo pelo art. 142 do CNT. Da mesma forma, não podem deixar de aplicar a legislação tributária, ainda que sob o argumento de uma suposta inconstitucionalidade, pois como não se consubstanciam em órgãos de *jurisdição*, não podem exercer o controle difuso da constitucionalidade; tampouco, podem declarar tais normas inconstitucionais, sob pena de se gerar um efeito *exoprocessual* ou *extraprocessual* de suas decisões meramente de revisão, na forma do art. 149 do CTN, a partir de um mero processo administrativo, que, em última análise, resultaria usurpação da competência do STF, no controle concentrado da constitucionalidade, previsto no art. 102, I, “a”, da CRFB³⁹.

Somente à guisa de ilustração, confrontando-se o caso brasileiro com a experiência portuguesa, quando se fala em contencioso administrativo e fiscal, em Portugal, na verdade, trata-se de uma realidade bem diversa da existente no Brasil. De fato, na antiga “metrópole”, o contencioso administrativo fiscal, melhor denominado de “justiça administrativa e fiscal” é integrante do aparelho Judiciário estatal, ao lado do contencioso penal, por exemplo, na forma dos arts. 209.º/1, “b”, e 212.º/1 a 3, da CRP (Constituição da República Portuguesa)⁴⁰.

³⁹ CRFB. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

⁴⁰ CRP. CAPÍTULO II - Organização dos tribunais - Artigo 209.º (Categorias de tribunais) 1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: ... b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais;... Artigo 212.º (Tribunais administrativos e fiscais) 1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional. ... 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

GOMES CANOTILHO dá sustentação à diferenciação supracitada, na medida em que define o *poder jurisdicional* português como “o conjunto de magistrados (ordinários, administrativos, fiscais, constitucionais) a quem é confiada a função jurisdicional”.⁴¹

Em minucioso trabalho acerca do cotejo entre o contencioso administrativo brasileiro e o português, GUILHERME DE REZENDE, em obra coletiva, publicou o artigo denominado “*Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa*”⁴².

Ainda que não seja o objeto central do artigo supracitado, GUILHERME REZENDE traz luzes ao equívoco de se aproximar o contencioso administrativo brasileiro (erigido sobre o preceito da limitada autotutela administrativa e do direito de petição, sustentados basicamente pelo arts. 5º, XXXIV, “a”, 37, *caput*, da CRFB, e 145 do CTN) do *contencioso administrativo e fiscal português*, integrante da estrutura do Poder Judiciário em Portugal, na forma dos arts. 209.º/1, “b”, e 212.º/1 a 3, da CRP.

Como ilustração, traz-se à baila o exemplo normativo do Estado-membro de Pernambuco, integrante da Federação do Brasil, que, sobre a égide de uma tutela subnacional, garantidora do *direito de petição* contra a administração pública, fez prever na Constituição do Estado de Pernambuco a permissão para criação de uma estrutura denominada TATE - Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco, na forma do seu art. 247, e regida pela Lei estadual n. 15.683, de 2015, com a competência de “julgar”, no âmbito da administração tributária, os processos administrativos tributários, na forma do art. 2º da supracitada Lei estadual.⁴³

Para compor o referido órgão administrativo, permitiu o preceito da Constituição do Estado, a criação de uma carreira específica de agentes administrativos, incumbidos da tarefa revisional prevista no art. 145 do CTN.

Todo esse desenho institucional e funcional tem gerado, em todo o Brasil, uma eventual *justaposição de funções*, na medida em que se criou uma *aparência de jurisdição*, carreando recursos públicos para órgãos que, ao fim e ao cabo, não prestam jurisdição, de sorte que estão submetidos a toda uma legislação infralegal e

661 ⁴¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Almedina. 7ª Edição. Coimbra, 2003, pp. 660 e

⁴² REZENDE, G. F. J. de. “Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa”. PEREIRA DA SILVA, V. e WOLFGANG SARLET, I. (Coordenação). *Direito Público Sem Fronteiras* - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. 2011. Faculdade de Direito. ISBN: 978-989-97410-4-1. www.icjp.pt, pp. 563 a 650.

⁴³ Constituição do Estado de Pernambuco. Art. 247. Os órgãos julgadores administrativos, com organização e funcionamento disciplinados em lei, serão integrados por titulares de cargos de provimento efetivo, estruturados em carreira, nomeados entre bacharéis em direito, aprovados em concurso público de provas e títulos. Lei estadual n. 15.683, de 2015. Art. 2º Aos órgãos integrantes do CATE compete, privativamente, o julgamento dos processos administrativo-tributários, de ofício ou voluntário, concernentes a tributos de competência estadual e seus acessórios. Brasil. <http://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria>

infraconstitucional, que pode eventualmente estar em dissonância com os paradigmas de confrontação legais e constitucionais.

Somente para efeito de melhor visualização da problemática, em Pernambuco, a Lei estadual nº 10.654/1991, que dispõe sobre o processo administrativo-tributário, teve de ser alterada, em meado do ano de 2000, acrescentando-se o § 10 ao seu art. 4º, para vedar possibilidade de um controle difuso da constitucionalidade ou a aferição de crise de legalidade de ato normativo, que viesse a conferir suporte legal para o lançamento efetuado pela Administração ativa.⁴⁴

Também na esfera federal, de acordo com a Súmula nº 2, aprovada pelo Conselho Pleno do antigo 2º Conselho de Contribuintes, integrante da estrutura desconcentrada do Ministério da Fazenda, não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.⁴⁵

A questão do *contencioso administrativo tributário* tem estado no foco das pautas recentes relativas à legitimação da atividade tributária no Brasil, sobretudo com a profusão de investigações policiais e ações judiciais instauradas para apuração de responsabilidades relativas a desvios de condutas, amplamente noticiados pela imprensa especializada brasileira⁴⁶.

De outra banda, ressalte-se que tramita na Câmara dos Deputados proposta de lei complementar, oriunda do Senado Federal, que visa à instituição de um *código nacional de processo administrativo tributário*, ressuscitando a ideia preconizada por

⁴⁴ Lei n. 10.654/1991. Art. 4º A autoridade julgadora, na apreciação das provas, formará sua convicção segundo os princípios do livre convencimento em decisão fundamentada, consoante razões e argumentos técnicos e jurídicos. ... § 10. A autoridade julgadora não poderá deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade. (Lei 11.903/2000). <https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria>

⁴⁵ Na estrutura atual do Ministério da Fazenda, apresenta-se o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, que surgiu com a unificação dos três Conselhos de Contribuintes então existentes, a partir da edição da Lei 11.941, de maio de 2009. Trata-se de órgão colegiado, formado por representantes do Estado e da sociedade, com atribuição de julgar em segunda instância administrativa, os litígios em matéria tributária e aduaneira. Compete também ao CARF a uniformização da jurisprudência do órgão, mediante recurso especial das partes, quando ocorrer divergência de entendimento entre os colegiados de julgamento. idg.carf.fazenda.gov.br/perguntas-frequentes

⁴⁶ Somente para exemplificar, apresenta-se trecho de notícia veiculada. “Entenda a *Operação Zelotes* da Polícia Federal (Folha de São Paulo, 04/03/2017, 17h32). Deflagrada no fim de março (2015) com origem em uma carta anônima entregue num envelope pardo, a Operação Zelotes da Polícia Federal investiga um dos maiores esquemas de sonegação fiscal já descobertos no país. Suspeita-se que quadrilhas atuavam junto ao Carf (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), órgão ligado ao Ministério da Fazenda, revertendo ou anulando multas. A operação também foca *lobbies* envolvendo grandes empresas do país. O esquema fez com que uma CPI fosse instalada no Senado. [...] *PAPEL DO CARF* - O órgão é um tribunal administrativo formado por representantes da Fazenda e dos contribuintes (empresas) que julga hoje processos que correspondem a R\$ 580 bilhões. O nome Zelotes vem do adjetivo zelote, referente àquele que finge ter zelo. Ele faz alusão ao contraste entre a função dos conselheiros do Carf de resguardar os cofres públicos e os possíveis desvios que efetuaram. Em geral, é julgada pelo órgão (Carf) uma empresa atuada por escolher determinada estratégia tributária que, segundo a fiscalização, estava em desacordo com a lei. Estão sob suspeita 74 processos que somam R\$ 19 bilhões em valores devidos ao fisco”. Entenda a Operação Zelotes da Polícia Federal (Folha de S.o Paulo, 04/03/2017, 17h32). <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1611246-entenda-a-operacao-zelotes-da-policia-federal.shtml>

RUBENS GOMES DE SOUSA, quando da análise das propostas que resultaram na edição do CTN, na década de 1960.

A adoção do sistema de *jurisdição una* aliada a complexização do processo administrativo tributário, para não falar, inclusive, da legislação material, revela que algo não anda bem no que diz respeito ao *acertamento* (revisão) da exação tributária no Brasil. E, nesse aspecto, suscita-se a dimensão implícita do dever fundamental de pagar impostos, ou seja, mediante o *qualificador oculto*, que por óbvio se presume, mas tem carecido de novas luzes, ou seja, as emanadas da consecução da *justiça fiscal*, efetivada por meio do adimplemento do dever fundamental de pagar imposto *justo*.

j) Complexização da questão tributária.

Não se pode negar a evidente complexização da questão tributária brasileira, sobretudo quando se tem em vista o *cipal normativo* que se publica diariamente nos periódicos oficiais.

O acúmulo de processos administrativos (representativo de bilionários créditos tributários), bem como a irrazoável duração de tais processos, cuja resposta final pode ser simplesmente desconsiderada pelo “mau contribuinte” ou “inadimplente contumaz”, sem olvidar do *sonegador*, por meio da *judicialização da questão controvertida*, provocando uma frustração de receita, que gira em torno de mais de noventa e oito pontos percentuais.

Neste pisar, impõe-se uma indagação: a legislação tributária processual administrativa, enquanto esforço de redução da complexidade do *ambiente*, sobretudo, do sistema econômico (que também é, para o Direito, ambiente), corrompeu-se sistemicamente, na medida em que o *código binário* (*direito* ou *não-direito*), lembrando as lições revolucionárias de NIKLAS LUHMANN, tem atribuído importância a visões individuais ou grupais do ambiente?

E mais, para além da superfície dos textos normativos gerais (leis e decretos), bem como dos individualizados pelas decisões que exsurgem do Poder Judiciário e dos denominados contenciosos administrativos tributários brasileiros, o que, na realidade, se tem verificado na prestação de uma suposta *justiça fiscal administrativa no Brasil*?

Em dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito no PPGD da UNICAP, da autoria de ANDRÉ DE ALMEIDA, e sob a orientação do Prof. Dr. JOÃO PAULO TEIXEIRA, foi esboçada a seguinte hipótese:

Imagine como seria um sistema jurídico que mudasse seus elementos com a mesma velocidade que mudam os elementos do seu ambiente; ou então tivesse que produzir regras individuais para cada participante. Essa ação seria inócua, visto que seria tão complexa e contingente como os eventos do ambiente.

Certamente, esse sistema não poderia exercer a função estabilizadora de condutas sociais⁴⁷.

Na mesma pisada, ULISSES SCHWARZ VIANA pondera que a falha na filtragem cognitiva suscita que a operacionalidade encontre um elemento de *disfuncionalidade* pela absorção indiscriminada de uma carga insuportável (improcessável) de informações provenientes do ambiente social⁴⁸.

k) Órgão de revisão administrativa ou simulacro de jurisdição?

1 - Qualquer semelhança do trecho supra, relativo a um insustentável e "hipotético" sistema jurídico, com a legislação formal tributária no Brasil, entendida como subsistema jurídico, *não* é mera coincidência.

GUILHERME DE ARAÚJO, em edição publicada de 1955, intitulada "A Justiça Administrativa no Brasil", apresentou minucioso estudo acerca da evolução da jurisdição brasileira. O autor destacou a transformação do modelo de contencioso administrativo francês para o de jurisdição única, a partir da Constituição republicana de 1891, que conferiu à Justiça Federal a competência para o exame das demandas que pertenciam anteriormente à competência do contencioso administrativo.⁴⁹

Muito embora, no curso histórico da República brasileira tenha havido previsão para o restabelecimento do modelo do contencioso administrativo propriamente dito, a partir de dispositivo da Constituição de 1967, com a redação que lhe conferiu a Emenda de 1969, de fato, tal modelo não se concretizou. Após logos anos, mais de um século, considerando a extinção do Conselho de Estado do Império, a questão parece não está devidamente estabilizada.

De outra banda, para além da complexidade da legislação tributária, material ou processual, a questão do *contencioso administrativo tributário* é agravada, na medida em que se somando à União, os vinte e seis Estados-membros e o DF, tem-se vinte e oito sistemas processuais administrativos tributários, que se prestam, em tese, a resolver o mesmo problema: a revisão administrativa do lançamento tributário, num prazo razoável.

Ressalte-se, por outro lado, que, em havendo o legislador constituinte brasileiro de 1988 adotado (mantido) o modelo da *jurisdição una*, reservando ao Poder Judiciário

⁴⁷ VASCONCELOS DE ALMEIDA, André Galvão. (Re)estabilização de Expectativas Normativas: Observações sobre o Precedente Judicial à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito - PPGD da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, sob a orientação do Prof. Dr. JOÃO PAULO TEIXEIRA.

⁴⁸ VIANA, Ulisses Schwarz. Direito e Justiça em Niklas Luhmann. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2015, pp. 23 e 24.

⁴⁹ ARAÚJO, J. G. de. *A Justiça Administrativa no Brasil*. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1955, p. 22.

a constituição da *coisa julgada*, há de se cogitar que a efetivação do dever fundamental de pagar o imposto justo deve estar submetida a uma refutabilidade que assegure ao contribuinte o acesso à justiça fiscal, ainda que pela via pretensamente mais célere e limitada a uma cognição infralegal, ou seja, a do contencioso administrativo tributário, que no Brasil, como já dito, não pode apreciar a eventual inconstitucionalidade do ato de lançamento, nem, tampouco, da legislação infraconstitucional ou infralegal que lhe serviu de fundamento normativo.

Entretanto, tal *justiça* não parece estar sendo concretizada, haja vista os aproximados trilhões de reais ainda em discussão nos contenciosos administrativos tributários e nos contenciosos *judiciários* tributários.

De outra banda, não se pode, analisar com profundidade a questão tributária, sobretudo num país desigual como o Brasil, especificamente em relação ao adimplemento do dever fundamental de pagar impostos, esquecendo-se da inefetivação do direito fundamental de peticionar à administração pública, para que esta lance um escrutínio mais cuidadoso sobre sua atividade interventiva de retirar parcela do patrimônio dos contribuintes.

Não se deve olvidar também que a utilização da via administrativa (inapropriadamente complexizada, a partir de uma reprodução de sistemas produtivos judiciários, complexos, solenes e, de regra, morosos) para impugnar lançamentos claramente legítimos tem um efeito ainda mais perverso, sob o prisma comunitário. De fato, o imposto que se não cobrado de uns (estes, mais bem representados, tanto na nomogênese da lei tributária, quanto na defesa de seus interesses postos em contenda), pesa, pois, sobremaneira sobre os ombros de outros, coincidentemente ou não, os menos aptos a se restringirem ao adimplemento do dever fundamental de pagar somente imposto justo, precisamente porque, para estes, há, em certa medida, a inefetividade do direito fundamental de acesso à justiça (fiscal). Cabe, inclusive, lembrar que para esses os impostos, no mais das vezes, são pagos sem que os mesmos saibam que estão pagando, embutidos nas bases de cálculos das operações de mercancia.

2. - Há de se cogitar, noutro aspecto, que o sistema inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Federal nº 13.105/2015), a partir do instituto dos *precedentes obrigatórios*, que poderão vincular, inclusive, as Administrações Tributárias, possivelmente estará mais apto a colmatar silêncios normativos, viabilizando uma aplicação equânime da lei tributária, de sorte a efetivar o *princípio da capacidade contributiva*, para que toda a sociedade suporte, na medida de suas forças, o *peso* da tributação, que, ao final e ao cabo, se presta à consecução dos *objetivos fundamentais da República*.

3. - A adoção de formas, estruturas e institutos jurisdicionais para organização administrativa do Poder Executivo das três esferas governamentais (União, Estado e Municípios), no que tange à *revisão do lançamento tributário*, tem causado prejuízos de difícil mensuração aos cofres públicos e à própria legitimação dos governos que se sucedem, na medida em que se cria uma *aparência* de prestação jurisdicional.

Esta *anomalia*, que fere a estruturação da *jurisdição una*, além dos prejuízos já mencionados, afasta por um lado a consecução de uma justiça fiscal; por outro, o atendimento de uma *duração razoável* para o processo administrativo tributário, na medida em que cria uma complexidade incompatível com o instituto previsto nos arts. 145 e 149, I, VIII e IX, do CTN.

A garantia dos direitos dos contribuintes não fica assegurada por meio de uma *transfiguração* do processo administrativo tributário num *arremedo* de processo judicial tributário.

Noutras palavras, querer que o processo administrativo tributário seja estruturado nos moldes de processo judicial é desconhecer o ordenamento jurídico brasileiro, baseado na unicidade da jurisdição, além de inescusável desconhecimento quer dos propósitos desse processo, quer dos seus princípios informadores.

De fato, no Brasil, dois órgãos se apresentam para missões diferentes, mas onde um deles apresenta-se como um *pseudojurisdição*, imitando o desenho anatômico e fisiológico do outro (órgão judicial).

Muito embora se possam identificar alguns princípios em comum para o processo administrativo tributário e para o processo judicial civil, não se pode olvidar da existência de *princípios específicos* do processo administrativo tributário, notadamente o princípio da *verdade material* e o *princípio da autotutela* da administração pública, esse último, fundante dessa espécie do gênero processo.

Ademais, um aspecto a ser considerado, no processo administrativo tributário brasileiro, é que tal instrumento vai avaliar, como *instância revisora*, os procedimentos preparatórios ao ato do lançamento e o próprio ato do lançamento, quer nos seus aspectos formais, quer nos materiais.

Nesse passo, é de se reconhecer que o papel do *revisor* do ato do lançamento (art. 145 e 149 do CTN), impropriamente denominado de “*julgador*” ou, pior ainda, de “*juiz tributário*”, como ocorre no Estado de São Paulo, de analisar aspectos fáticos e procedimentais que se afastam dos conhecimentos normalmente encontrados em profissionais da área jurídica que não vivenciaram as condições e as motivações da prática de tais atos, sob o manto do princípio da inquisitorialidade. De toda sorte, devem, tais órgãos administrativos, guiarem-se por nortes exegéticos uniformizadores, emanados de atos normativos editados pelas mais altas autoridades do Poder Executivo, posto que não atuam, como o fazem os juízes, com independência.

A generalidade da expressão “contencioso administrativo tributário”, no Brasil, deve-se, inclusive, à multiplicidade de denominações, tais como: “tribunal de impostos de taxas”, “tribunal administrativo-tributário do Estado”, “conselho administrativo de recursos fiscais” e outros. Todas essas denominações se revelam como signos apartados da verdadeira realidade funcional dos órgãos que rotulam.

4. - Caminhando para uma conclusão, a pesquisa em curso, que ora se apresenta, tem por escopo a busca de correta identificação do ato de *revisão do lançamento no*

Brasil, a partir de uma investigação da literatura pertinente, reposicionando o ato e o procedimento sob a égide do regime de Direito Administrativo, bem como, verificando sua submissão aos princípios norteadores das práticas de administração pública tributária e específicos da realização da autotutela.

Relembrando o que já foi dito, deve-se entender por *autotutela* o *dever-poder* da Administração de *anular* seus próprios atos, não se confundindo, pois, com a prestação da *tutela jurisdicional*, exclusiva, no modelo de jurisdição adotado pelo Brasil.

Nesse campo da atividade administrativa, viabilizadora da tributação perpassada, em tese, pela *justiça fiscal*, a administração tributária lança *um novo olhar* sobre o fato do mundo fenomênico que fora, em momento anterior, qualificado pela administração ativa, consoante a moldura prescrita pela lei, como *fato imponível* da obrigação tributária de pagar tributo e eventualmente criador de uma relação tributária sancionatória (aplicação da penalidade tributária), ambas constituindo o *crédito tributário*, na forma do art. 142 do CTN.

Para tanto, a administração tributária deve buscar a consecução das boas práticas de governança e administração, que concretizem a justiça fiscal e legitimem a atuação do Estado, encetada para a realização dos seus objetivos fundamentais.

A mera anulação do ato, sem uma retroalimentação da fonte geradora, a fiscalização tributária, não se coaduna com a efetivação da eficiência, nem, tampouco, como a consecução da justiça fiscal para todos, no bom cumprimento do dever fundamental de se pagar imposto.

Não deve a administração tributária, afastando-se da sua função executiva, aplicar na sua função autotutelar, sistema normativo processual, ainda que por mera aproximação, específico da atividade jurisdicional. Aplica-se na espécie o princípio do devido processo legal, mas a seu modo, consoante o magistério de JAMES MARINS, relembrando a doutrina de NELSO NERY e ROSA MARIA NERY.⁵⁰

Somente pela atividade jurisdicional, prestada no Brasil pelo Poder Judiciário, é que se aplica o peso de toda a esfera jurídica, ou seja, todo o ordenamento jurídico, sistemicamente considerado, sobre o fato da vida que se apresenta no plano fenomênico. Só aqui, na atuação do *Estado-juiz*, é que se manifesta a jurisdição, como ato de soberania.

⁵⁰ Leciona JAMES MARINS: “Em seu sentido estritamente processual (*procedural due process*), o princípio do devido processo legal expressa as garantias elementares das quais derivam inúmeras normas de processo, seja administrativo ou judicial, pois, como ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “O tipo de processo (civil, penal ou administrativo) é que determina a forma e o conteúdo da incidência do princípio”. MARINS, J. *Direito Processual Tributário Brasileiro. Administrativo e Judicial*. Revista dos Tribunais. 9^o Edição, São Paulo, 2016, p. 180. NERY, N. Jr. e NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil comentado*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999, p. 93.

Toda a ritualística expressa por uma *modalização declarativa*⁵¹ na atividade de resolver o conflito de interesse, qualificado por uma pretensão resistida, se revela no âmbito da jurisdição.

Nesse sentido, verifica-se que o provimento jurisdicional é proferido: a) por quem de direito, o juiz ou o colegiado de tribunal; b) no lugar adequado, o tribunal ou fórum; c) no momento devido, no julgamento judicial; d) com tempo de duração e velocidade corretos, na forma do art. 5º, LXXVIII (*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*); e) com a expressão corporal e os comportamentos esperados, ritualística e solenidades judiciais; f) com a forma linguística consagrada; g) com o vestuário exigido, *toga* e demais indumentárias; e, ainda, h) com a utilização dos objetos e instrumentos requeridos, p. ex.: *fascēs*⁵², *parquet*⁵³, *curul*⁵⁴.

Somente como exemplo, à administração tributária, na tarefa de revisão do lançamento, consoante o disposto nos arts. 145 e 149 do CTN, *não* é permitida a negativa de aplicabilidade de norma infraconstitucional, sob a motivação de uma suposta inadequação desta norma em relação ao texto constitucional.

Tal vedação também limita a atuação da administração ante a ocorrência de aparente crise de legalidade. Não deve, pois, o *revisor administrativo*, colegiado ou singular, deixar de aplicar instrução normativa do Ministro da Fazenda, sob o fundamento desta estar em desacordo com o CTN; eis que a cognição do revisor, como *agente administrativo* ou órgão público administrativo (não-jurisdicional), não equivale ao do *juiz* ou a de órgão da estrutura do Poder Judiciário, que atua segundo seu *livre convencimento motivado*, podendo para tanto aplicar todo o peso do sistema normativo ao ponto de contato da norma abstrata, sistemicamente considerada, com o fato do mundo fenomênico.

5. Na forma da construção doutrinária e jurisprudencial, a administração tributária, como órgão essencial ao funcionamento do Estado, consoante o disposto no

⁵¹ COLARES, Virgínia. Análise Crítica do Discurso Jurídico: o caso da vasectomia. In: TFOUNI, L.V., INDURSKY, F., INDURSKY, F., MONTE-SERRATN, D.M. A Análise do Discurso e suas Interfaces. São Carlos, SP: Pedro & João Editores, 2011. p. 97-124.

⁵² "Fascēs", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/fascēs> [consultado em 03-03-2017]. Era então denominado *fascēs lictoriae*, por ser carregado por um lictor, o qual, na Roma Antiga, em cerimônias oficiais - jurídicas, militares e outras - precedia a passagem de figuras da suprema magistratura, abrindo caminho em meio ao povo. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Fascēs>, [consultado em 03-03-2017].

⁵³ Tablado ou estrado de madeira, no qual se posicionam os membros do Ministério Público, órgão integrante da magistratura "de pé", em países europeus. *Parquet* [parqué] (palavra francesa) substantivo masculino. 1. Ver *parquê*. 2. [Brasil] [Direito] Designação dada ao Ministério Público ou aos seus magistrados. Plural: *parquets*. "parquet", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/parquet> [consultado em 04-03-2017].

⁵⁴ "Curul", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/curul> [consultado em 03-03-2017].

art. 37, XXII, da CRFB⁵⁵, se por um lado está submetida aos princípios balizadores de sua atuação (*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*), por outro, tem para si ofertada pelo sistema constitucional um mecanismo de *autocontrole*. A tal mecanismo instrumental, como já dito antes, dá-se o nome de *autotutela*.

A despeito disso, não se pode confundir *autotutela* com *prestação jurisdicional*, sobretudo, na medida em que se constroem, na estrutura administrativa dos entes da Federação, órgãos desconcentrados com uma *roupagem de órgão judiciário*, quando, em verdade, estão limitados por uma atuação exclusivamente administrativa.

A boa prática desse poderoso e inafastável instrumento (*autotutela*) considerando as suas especificidades e regime jurídico aplicáveis, tende a levar o Estado a um patamar de eficiência no atingimento de seus objetivos fundamentais, dos quais se destaca a promoção do bem comum. Em razão dessa verdade, não pode aparentar ser o que não é.

3. Conclusão.

A *simulação* ou a *camuflagem* que se construiu ao longo dos anos e a partir de uma interpretação equivocada dos preceitos sustentadores da *revisão administrativa do lançamento tributário*, a pretexto de dar concretude ao direito de petição e a *autotutela* administrativa, em verdade, tem ensejado uma macula ao cumprimento do dever fundamental de pagar *impostos* justos, na medida em que se criaram órgãos aparentemente jurisdicionais, mas que, na verdade, estão limitados ao cumprimento da legislação infralegal, ainda que esta esteja pechada de ilegalidades ou inconstitucionalidades, deslegitimando, portanto, o procedimento democrático de uma (ainda que pretensa) tributação justa para todos os brasileiros.

Vale ainda ressaltar que, no prosseguimento da presente investigação, serão levantados dados empíricos de processos administrativos tributários que chegaram ao fim, buscando se encontrar, considerando determinada amostra, um índice de irresignação dos contribuintes, a partir da eventual *judicialização* de demandas tributárias, quando da eventual proposição de ações judiciais.

⁵⁵ CRFB. Art. 37. (...) XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades *essenciais* ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

4. Referências.

- BRASIL. São Paulo. Lei (SP) nº 13.457, de 18 de março de 2009.
<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2009/alteracao-lei-13457-18.03.2009.html>
- BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm
- BRASIL. PERNAMBUCO. Constituição do Estado de Pernambuco.
<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=12&numero=1989&complemento=0&ano=1989&tipo=TEXTOTUALIZADO>
- BRASIL. PERNAMBUCO. Lei estadual n. 15.683, de 2015.
<https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria>
- BRASIL. PERNAMBUCO. Lei estadual n. 10.654, de 1991.
<https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria>
- BRASIL. Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/1966),
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm
- BRASIL. Entenda a Operação Zelotes da Polícia Federal (Folha de São Paulo, 04/03/2017, 17h32) <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1611246-entenda-a-operacao-zelotes-da-policia-federal.shtml>
- ARAÚJO, J. G. de. A Justiça Administrativa no Brasil. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1955.
- BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Editora Forense. 11ª Ed., Rio de Janeiro, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 32ª Ed. São Paulo, 2014.
- BORGES, J. S. M. *Lançamento Tributário*. Malheiros, 2ª Ed. São Paulo, 1999.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. Almedina. 7ª Edição. Coimbra, 2003.
- COLARES, V. *Análise Crítica do Discurso Jurídico: o caso da vasectomia*. In: TFOUNI, L.V., INDURSKY, F., INDURSKY, F, MONTE-SERRATN, D.M. A Análise do Discurso e suas Interfaces. São Carlos, SP: Pedro & João Editores, 2011, pp. 97-124.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. Saraiva, 14ª Ed. Rio de Janeiro, 2002.
- MARINS, J. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. Administrativo e Judicial. Revista dos Tribunais. 9ª Edição, São Paulo, 2016.
- NABAIS, J. C. *Dever fundamental de pagar impostos*. Almedina. Coimbra, 2004.
- REZENDE, G. F. J. de. “Há contencioso administrativo no Brasil? Uma análise comparativa com a justiça administrativa portuguesa”. PEREIRA DA SILVA, V. e

WOLFGANG SARLET, I. (Coordenação). *Direito Público Sem Fronteiras - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*. 2011. Faculdade de Direito. ISBN: 978-989-97410-4-1. www.icjp.pt, pp. 563 a 650.

VASCONCELOS DE ALMEIDA, A. G. “(Re)estabilização de Expectativas Normativas: Observações sobre o Precedente Judicial à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”. Dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito - PPGD da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, sob a orientação do Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira.

VIANA, U. S. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2015.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado. 12^a. Ed. Porto Alegre, 2015.

XAVIER, A. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. Editora Forense, 2^a ed. Rio de Janeiro, 1998.

A TRIBUTAÇÃO DA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE LUSO-BRASILEIRA DA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE A UNIDADE FAMILIAR

THE FAMILY TAXATION: A LUSO-BRAZILIAN ANALYSIS OF INCIDENCE OF INCOME TAX ON FAMILY UNITY

Elaine Brito da Silva¹

Universidade do Minho, Portugal

Levi Jefferson Batista²

Universidade do Minho, Portugal

Sumário: 1. Introdução; 2. Principais sistemas de tributação da família; a) Sistema de Separação; i. Separação Absoluta; ii. Separação Relativa; b) Sistema de Acumulação; i. Acumulação Simples; ii. Acumulação com deduções específicas; c) *Splitting*; i. *Splitting* Conjugal; ii. *Splitting* Familiar ou Quociente Familiar; 3. Tributação da unidade familiar em Portugal; 4. Tributação da unidade familiar no Brasil; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O presente estudo faz uma análise de diferentes formas de tributação da unidade familiar, mais especificamente sobre a sistemática do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares de Portugal (IRS) e Imposto de Renda Pessoa Física do Brasil (IRPF), apresentando suas características e peculiaridades e dando especial enfoque aos princípios constitucionais que regem a sua incidência.

A ideia de que “a família constitui a base de toda a sociedade”³ é verificada em muitas constituições pelo mundo, sob a denominação de *proteção da família*. Na Constituição da França de 1848, no inciso IV, do preâmbulo, foi expresso pela primeira vez menção à *Família*, quando ficou estabelecido que as disposições da Carta teriam por base “a Família, o Trabalho, a Propriedade e a Ordem Pública”.⁴ Contudo, conforme ensinamentos do doutrinador Luciano Gomes Felippo⁵, a Constituição de Weimar de

¹ Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho, Portugal; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes-UCAM, Brasil; Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil; Advogada.

² Mestrando em Direito dos Contratos e da Empresa pela Universidade do Minho, Portugal; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes-UCAM, Brasil; Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Brasil; Advogado.

³ FILIPPO, Luciano Gomes. Tributação da Renda Familiar. Revista de Direito Tributário nº 25; p. 138, mar/abr2011 em referência: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 335.

⁴ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 139.

⁵ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 139.

1919 foi mais emblemática para época no que concerne à inserção da proteção da unidade familiar, pois, por exemplo, foi pioneira em equipar juridicamente o homem e a mulher⁶, além de atribuir igualdade jurídica entre os filhos legítimos e ilegítimos, concebidos fora do casamento. Sob sua influência, foi introduzida a *proteção à família* na atual Carta Magna brasileira, tema que antes era tratado por lei ordinária. É verdade que a Constituição brasileira de 1946 já dispunha sobre a proteção da família, contudo, de forma ainda bastante tímida, a Constituição de 1967 pouco evoluiu nesse sentido. Somente com o advento da Constituição de 1988, que importantes modificações foram realizadas no ordenamento jurídico brasileiro e a *proteção à família* fora consagrada na parte referente à *Assistência Social*⁷, em seu capítulo VII⁸, que trata especificamente da família.

A Constituição Portuguesa, por sua vez, trata da família várias vezes ao longo de todo seu texto, seja no artigo 26º, que trata de *outros direitos pessoais*; no artigo 65º, nº 3, ou ainda, no artigo 67º, nº 2, alínea f, que expressamente dispõe: “2. *Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família(...) f) Regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares*”.

Artigo 26.º Outros direitos pessoais

1. *A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.*

2. *A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.*

Artigo 65.º Habitação e urbanismo

(...)

3. *O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.*

A Constituição portuguesa não expõe um conceito de família, aborda tão somente o direito de constituir família e de contrair casamento, em condições de plena igualdade. Segundo Canotilho e Vital Moreira:

o conceito constitucional de família não abrange, portanto, apenas a «família matrimonializada», havendo assim uma abertura constitucional – se não

⁶ Constituição de Weimar de 1919: Art. 119. O matrimônio é posto sob especial proteção da Constituição, como fundamento da vida familiar, da conservação e do incremento da nação. Ele se assenta na igualdade de direitos de ambos os sexos. A higiene, a saúde e o progresso social da família são tarefas do Estado e do Municípios. As famílias de prole numerosa têm direito a exigir amparo do Estado” (Cf. COMPARATO, Fábio Konder, Ob. Cit, p. 201-23)

⁷ CRFB: “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; ...”

⁸ CRFB: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

mesmo uma obrigação – para conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares «de facto». (...) Todavia, nada impõe constitucionalmente um tratamento jurídico inteiramente igual das famílias baseadas no casamento e das não matrimonializadas, desde que as diferenciações não sejam arbitrárias, irrazoáveis ou desproporcionadas e tenham em conta todos os direitos e interesses em jogo (ex.: direito dos filhos). (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 561)

Com a falta de exatidão do ordenamento constitucional português, a ideia família torna-se aberta para possibilidades de existência de quaisquer arranjos familiares, que podem ser monoparentais, homoafetivas, dentre outras. Os mesmos autores enfatizam que nada impede que existam outros núcleos familiares que não se fundam no casamento e, mesmo nesse sentido, devem ser tuteladas constitucionalmente.

O conceito de família sofreu evidentes mutações ao longo dos séculos, assim, a “família como grupo de pessoas do mesmo sangue, ou unidas por aliança, que foi um conceito parcialmente vigente desde o séc. XIII”, já não se apresenta tão adequado atualmente, tendo em vista os vários tipos de família existentes.

“Atualmente, há vários tipos de família, dentre os quais se destacam o modelo tradicional do pai provedor e da mãe dona de casa; o de cooperação mútua no trabalho doméstico e fora do lar (onde, na maioria das vezes, a mulher auxilia o marido na profissão, muitas vezes sem remuneração própria); o de dupla renda onde ambos exercem atividade remunerada; o de idosos; o de chefia feminina, dentre outros.”

O ilustre professor e doutrinador Paulo Nader⁹ precisamente alude que não é possível formar um conceito de família fechado, tendo em vista a complexidade do termo, porém é importante estabelecer uma definição. Assim, apresenta o conceito de família como uma “*instituição social, composta por mais de uma pessoa física que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum*”. Pode-se perceber os cuidados que o autor toma em sua definição para não ser excludente, sem deixar de ser preciso, não se referindo a *homem* ou *mulher*, por exemplo. Tal fato explica-se justamente por ainda existir uma discussão se a união de pessoas do mesmo sexo pode ser ou não considerada família¹⁰.

Muitos países reconhecem as uniões homoafetivas e concedem proteção jurídica as famílias assim formadas, dentre eles, a Dinamarca (desde 1989), Noruega (1993), Suécia (1995), Islândia (1996), Holanda (1998), Bélgica (2003) e outros.¹¹ No Brasil, O

⁹ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. V5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 03

¹⁰ Muitos países reconhecem as uniões homoafetivas e concedem proteção jurídica as famílias assim formadas, dentre eles, a Dinamarca (desde 1989), Noruega (1993), Suécia (1995), Islândia (1996), Holanda (1998), Bélgica (2003)¹⁰, já no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF, em 2011, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com aplicação das regras referentes à união estável, de acordo com o Código Civil.

¹¹ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 140.

Supremo Tribunal Federal – STF, em 2011, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com aplicação das regras referentes à união estável, de acordo com o Código Civil. No entanto, a Receita Federal do Brasil, desde 2010, por meio do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, PGFN/CAT 1.503/2010, já permitia que o contribuinte homossexual incluísse seu companheiro como dependente em sua declaração de Imposto de Renda.¹²

O referido parecer teve como base o princípio da isonomia de tratamento, sob o argumento de que se os casais heterossexuais em união estável podem incluir seus companheiros em suas declarações de IRPF, o mesmo direito deve ser estendido aos casais homossexuais, desde que observados os requisitos exigíveis à comprovação da união estável constantes nos artigos 4º, III, e 8º, II, b e c, da Lei nº 9.250/95, e 77 do Decreto 3.000/99. No parecer consta: “A afirmação da homossexualidade da união, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à fruição de direitos assegurados à união heterossexual.”, demonstrando o acompanhamento da Receita Federal às evoluções sociais.¹³

A proteção da unidade familiar possui proteção em âmbito internacional de leis. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 assim já previa em seu artigo XVI, 3: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Já o Pacto de San José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1992, dispõe em seu artigo 17,1: 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.” Também o Protocolo de San Salvador, que no artigo 15º disciplina o “direito à constituição e proteção familiar”

A proteção da família, portanto, é um direito fundamental que deve estimular e proteger o crescimento e prosperidade da instituição familiar em todos os ramos do direito¹⁴. Nesse sentido, as normas de natureza fiscal podem servir de ferramenta para que esse fim seja alcançado.

Ao longo da história, importantes conceitos foram sendo formados no que concerne à proteção da unidade familiar no âmbito tributário. A Corte Constitucional Alemã, nos idos de 1957, declarou a inconstitucionalidade “da mera acumulação de renda dos cônjuges, para fins de incidência de alíquota majorada, cada progressividade do imposto sobre a renda das pessoas físicas”¹⁵. Note-se que para época representou uma

¹² TESSARI, Cláudio, FRANKE, Denise Neulia e GIRELLI, Camile Serraggio. A possibilidade jurídica de ambos os genitores declararem o(s) mesmo(s) filho(s) como dependente(s) para fins de imposto de Renda Pessoa Física, em caso de guarda compartilhada, sem fixação de pensão alimentícia. **Revista Tributária e de finanças públicas RTrib**, ano 20, n. 106., set/ago 2012, p. 176/177

¹³ TESSARI, FRANKE, GIRELLI, *op. cit.*, p. 176/177

¹⁴ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 140.

¹⁵ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 140 em referência à Resolución del Bundesverfassungsgericht, de 17 de enero de 1957, Hacienda Pública Española nº 94/1985, p. 386 “Aquí se deduce la dimensión de la determinación del concepto de ‘protección’; significa, según su contenido literal la promoción del bien a proteger, el rechazo de interferencias o perjuicios y, sobre todo, la renuncia del

grande evolução, pois denota a característica de direito fundamental da proteção à família, que deve ser preservado, não podendo ser atingido de acordo com a vontade do legislador.

A tributação da família é um tema que possui grande amparo no âmbito internacional, com debates entre os doutrinadores na ânsia de se chegar a um tipo de tributação que respeite a capacidade contributiva dos integrantes da unidade familiar, bem como estimule sua formação, com adoção de um tratamento específico. No entanto, no Brasil é pouco evoluído e as discussões em torno dessa questão ainda são tímidas.

Convém, ainda, ter ciência de que a finalidade extrafiscal¹⁶ da tributação da unidade familiar serviu de estímulo ao debate sobre a tributação na família através da adoção de uma legislação que pudesse incentivar a formação familiar e atribuindo a esta uma maior proteção estatal, além de tornar menos severa sua carga tributária¹⁷. Os países que apresentam problemas demográficos, principalmente os europeus, em razão do grande controle de natalidade advindo após as grandes guerras pelas quais passaram e ao maior planejamento familiar, sofreram com a redução de suas populações, especialmente na parte economicamente ativa, o que gerou grandes transtornos de ordem previdenciária, ocasionando até mesmo a redução do PIB de alguns países.

Após a Primeira Grande Guerra, grandes estudiosos já escreviam sobre a necessidade de intervenção fiscal do Estado a fim de que houvesse incentivo ao aumento do índice de natalidade no país. Transcreve-se:

“(...) o legislador não se guiou tanto pela preocupação de adaptar o imposto à capacidade contributiva das pessoas, porém de estabelecer prêmios à natalidade. Tal ideia ressaltou de numerosas declarações feitas da tribuna do Parlamento, das quais pode-se citar, por exemplo, o relatório do Sr. Dumesnil: “Uma tal medida – escreveu – não pode deixar de receber de todos uma acolhida favorável, nessa hora em que a opinião pública começa a compreender a gravidade da situação demográfica da França, e o quando importa que os poderes públicos multipliquem os testemunhos de sua

Estado a intervenciones peretubadoras propias. La regulamentada protección especial, em artículo 6º, apartado 1, de La Ley Fundamental, por el orden estatal hacia el matrimonio y la familia, incluye dos conceptos: Positivo, el deber para el Estado de preservar al matrimonio y a la familia no sólo de perjuicios por otras fuerzas, sino también de promocionarlos con normas adecuadas; negativo, la prohibición para el mismo Estado, de perjudicar o alterar al matrimonio.”

¹⁶ Os tributos de finalidade extrafiscal são aqueles que visam intervir em uma situação social ou econômica, seja aumentando ou reduzindo as alíquotas de um tributo, ou através de incentivos fiscais.

¹⁷ A extrafiscalidade, como define o douto ROQUE ANTONIO CARRAZZA, consiste no uso de instrumentos do Direito Tributário – cuja finalidade principal é a arrecadação para os cofres públicos (a que se chama de finalidade fiscal) – com fins diversos, ou seja, com fins não-fiscais ou extrafiscais. No caso, o uso extrafiscal dos tributos tem por objetivo disciplinar, favorecer ou desestimular os contribuintes a realizar determinadas ações, por considerá-las convenientes ou nocivas ao interesse público in: CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2.006. p. 86-88.

solicitude para com as famílias. A reforma é recomendável, tanto por uma questão de justiça quanto por interesse nacional.”¹⁸

Dessa forma, percebe-se que a tributação da família concentrou longo debate na Europa, com notória influência da questão demográfica de incentivo à natalidade, sob o enfoque de uma política fiscal¹⁹. Torna-se perceptível, assim, que as discussões em torno do incentivo à natalidade acarretaram em um desenvolvimento maior sobre a temática da tributação da família, de tal sorte que a finalidade extrafiscal do imposto incidente sobre a renda da pessoa singular representa maior relevância do que a aplicação dos princípios da capacidade contributiva, da igualdade e da proteção da família. Países que não sofreram com esses problemas continuam com uma tímida discussão no que se refere a essa questão, a exemplo do Brasil.

2. Principais sistemas de tributação da família

A incidência do IRS/IRPF sobre a *unidade familiar* evidencia a necessidade de um tratamento específico, uma vez que é formada por indivíduos diversos que possuem características autônomas e diferentes entre si, mas ainda sim trata-se de uma “*unidade*” para fins de tributação. Por isso, a complexidade no tratamento da tributação da família fez surgir diversas modalidades de tributação sob a mesma, todavia no presente estudo abordaremos apenas os principais sistemas utilizados no mundo, quais sejam, as técnicas de *separação*, *acumulação* (de rendimentos entre os membros que compõem a unidade familiar), e o *splitting*. Obviamente, a partir desses grandes sistemas existem submodelos que visam se adequar a necessidade dos contribuintes. A maioria dos países permite que os próprios membros escolham, dentro das opções apresentadas em seu ordenamento, o tipo de declaração que irá realizar.

Adotou-se, neste trabalho, a sistemática apresentada por Andrei Pitten Velloso²⁰ com a seguinte divisão: sistema de separação: absoluto ou relativo; acumulação: acumulação simples ou acumulação com deduções específicas; e *splitting*: conjugal e familiar.

¹⁸ J.L. Dumesnil, Relatório feito em nome da Comissão de Legislação fiscal encarregada de examinar, dentre outras coisas, do projeto de lei adotado pela Cadeira dos deputados, adotado com modificação pelo Senado, sobre a supressão de contribuições sobre as patentes e a tributação de várias categorias de rendas. Cf. JOSSE, Pierre. Ob.clt.p.203-204.

¹⁹ O Projeto de Lei nº 5.249 apresentando em 2 de setembro de 1998 pelos deputados italianos Ballaman, Frosio Rocalli, Bagliani e Molgora já demonstrava preocupação com essa situação: “A política, implícita ou explícita que seja, interfere sobre o modo de constituição da família. A Itália, assim como a Espanha e o Japão tem uma das mais baixas taxas de natalidade do mundo. Dessa forma, faz-se necessária, e impostergável, a atuação ativa e sistemática dos políticos – facilidades fiscais e subsídios familiares – que sirvam para estimular a procriação dentro dos núcleos familiares, para não condenar o País a uma população de velhos ou de jovens somente estrangeiros.” in FELIPPO, Luciano Gomes. op. cit., p. 145.

²⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais. Revista Fórum Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 8, n. 46, jul/ago2010, p. 65-86

a) Sistema de Separação

O sistema de separação determina que os membros da unidade familiar efetuem sua declaração de Imposto de Renda Pessoa Física de forma isolada. Assim, cada cônjuge irá efetuar sua declaração de forma autônoma, estando sujeito à progressividade do imposto de acordo somente com a renda que auferir.

Esse método de tributação individual apresenta-se mais neutro, uma vez que não privilegia o casamento e a união de fato, não exercendo, dessa forma, qualquer influência sobre a decisão de constituir uma família, bem como impede o planejamento fiscal familiar de redistribuição de renda entre os membros da família, já que cada um deverá apresentar de forma isolada sua própria declaração. Nesse sistema, diante da individualização de cada membro, há uma maior dificuldade de fraude e sonegação tributária.²¹

Essa modalidade de declaração pode apresentar dois tipos: separação absoluta ou separação relativa.

i. *Separação Absoluta*

O sistema da separação absoluta determina que os cônjuges apresentem de forma separada suas declarações, não levando em consideração a unidade familiar. Assim, não há previsão de deduções específicas, nem é permitida a acumulação de rendimentos entre os membros familiares.

Nesse modelo não é levado em consideração o fato de que muitas vezes há apenas um cônjuge economicamente ativo, o qual irá sustentar não somente a si, mas a unidade familiar como um todo, não havendo qualquer previsão da possibilidade de dedução dos gastos com os membros economicamente dependentes.²²

Percebe-se, assim, que esse sistema ofende os princípios da capacidade contributiva e a igualdade tributária do sujeito passivo da relação tributária, uma vez que a progressividade da alíquota será maior quando um cônjuge apenas auferir renda, uma vez que sua declaração irá incidir sobre o valor total de seus proventos, sem levar em consideração que é o único provedor de uma unidade familiar, a qual é composta por diferentes membros.

Diante disso, essa técnica de tributação do IRPF não possui ampla adoção nos sistemas tributários contemporâneos.

ii. *Separação Relativa*

O sistema de separação relativa prevê, de igual forma do modelo supra explicado, que os cônjuges efetuem sua declaração de Imposto de Renda Pessoa Física

²¹ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 70

²² VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 70

separadamente, não sendo permitida a acumulação de seus rendimentos. Seu diferencial está, contudo, na possibilidade de os cônjuges efetuarem deduções de gastos comuns, bem como de gastos específicos do cônjuge dependente.

Assim, caso haja apenas um membro que aufera renda, será permitido que este efetue a dedução, em sua declaração, dos gastos do cônjuge dependente, sendo certo que dentro da limitação estabelecida por lei.

A adoção desse sistema apresenta-se mais protetiva à família, embora não seja plenamente satisfatória, visto que as deduções permitidas por lei são por vezes muito limitadas, possuindo um teto que pode se afasta da realizada do custo de vida da unidade familiar, não sendo levada em consideração a efetiva capacidade econômica da família²³.

As famílias que possuem rendimentos maiores são mais prejudicadas por esse tipo de sistema, já que estão expostas a uma progressividade maior, sem, no entanto, lhe ser permitido deduzir os efetivos gastos familiares, que também são maiores.

b) Sistema de Acumulação

O sistema de acumulação prevê que os membros da unidade familiar se comportem como se apenas um membro fosse, assim, devem realizar uma única declaração de IRPF, na qual restarão consolidados todos os rendimentos em conjunto.

A imposição à adoção desse sistema pelo sujeito passivo causa discussões, uma vez o Imposto de Renda Pessoa Física é imposto pessoal, assim, cada indivíduo deve ser tributado individualmente. Questiona-se, nesse sentido, sobre a sua legitimidade frente aos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da proteção da família.²⁴

A utilização desse modelo de tributação pode e deve ser permitida, segundo Velloso²⁵, porém deve ser uma escolha do contribuinte, já que alguns ordenamentos jurídicos tributários no mundo, mais especificamente o Europeu, incentivam a formação da família por meio de incentivos fiscais aos membros da unidade familiar. Assim, os indivíduos casados são beneficiados pela declaração em conjunta do IRPF.

Sobre esse tema o Tribunal Constitucional Espanhol reconheceu que o modelo de tributação conjunta dos membros familiar é constitucionalmente admissível, porém não pode ser arbitrária ou utilizada para agravar a carga tributária do contribuinte, pois caso assim fosse ofenderia o princípio da igualdade, da capacidade contributiva e da proteção da família.

Portanto, de acordo com esse precedente espanhol, a utilização dessa técnica deve ser conveniente aos membros da unidade familiar. *In verbis*:

²³ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 71

²⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 70

²⁵ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 70

“la forzada inclusión de varios sujetos em uma unidad tributaria para sujetarlo conjuntamente a um impuestp de naturaliza personal no puede ser arbitraria, pues de outro modo lesionaría, ya por eso, el principio de igualdad. Como el correlato lógico de um tributo personal y directo sobre la renta de las personas físicas es la imposición separa, esto es, la sujeción separada al impuesto de cada uma de ellas, la sujeción conjunta que implica em sí misma um trato diferenciado, sólo es constitucionalmente admisible em la medida em la que está fundada em uma razón que sea congruente com el fin de la norma, esto es, em el caso que aqui nos ocupa, em la razón de que esta sujeción conjunta es necesaria o al menos conveniente para determinar la renta de los distintos sujetos” (STC 45/1989)

O sistema de acumulação subdivide-se em acumulação simples e acumulação com deduções.

i. Acumulação Simples

O modelo de acumulação simples é aquele em que os cônjuges efetuam uma única declaração de IRPF em conjunto dos seus rendimentos. A adoção desse sistema pode representar uma majoração da carga tributária da unidade familiar, em razão da progressividade do IRPF, se não estiver acompanhada de medidas igualitárias.

Velloso apresenta o seguinte exemplo para elucidar esse agravamento:

“Digamos, por exemplo, que o primeiro cônjuge aufera mensalmente R\$ 5.000,00, e o segundo, R\$ 1.000,00. Os rendimentos deste estarão integralmente sujeitos à alíquota máxima (27,5%), e não mais isentos; e os rendimentos daquele se situarão no mesmo patamar de tributação. Vista a questão por outro ângulo, os rendimentos do segundo cônjuge permaneceriam isentos, mas os do primeiro seriam considerados, para fins da tributação progressiva, a partir de R\$ 1.000,00, e não mais a partir de zero: o resultado é que seriam reduzidos sensivelmente, seia majorada a alíquota efetiva de IR. A tributação do casal, portanto, seria superior à de dois solteiros que auferisse, individualmente, R\$ 3.000,00, o que evidencia as consequências nocivas de tal sistemática.”²⁶

O modelo puro e simples de acumulação apresenta-se, nesse sentido, como prejudicial ao casal, pois reconhece o casamento como um incremento à capacidade contributiva dos membros da unidade familiar, uma vez que não respeita a autonomia de cada membro e não reconhece que cada pode possuir seus gastos individuais e, em algumas vezes moram, até mesmo, em residências diferentes.

ii. Acumulação com deduções específicas

²⁶ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 70

Esse modelo prevê a acumulação das rendas dos cônjuges em uma única declaração de IRPF, com o permissivo de deduções específicas e controladas por limitações legais.

Contudo, esse modelo de declaração pode ter uma eficácia limitada quando as deduções forem fixas e não refletirem a realidade contributiva da unidade familiar. Velloso explica que é imprescindível que “as deduções conjugais tenham relação direta com a base imponible, variando em função desta e abarcando todos os rendimentos acumulados (deduções variáveis e genéricas)”.²⁷

O Brasil adota esse sistema de forma facultativa para os cônjuges. Porém, é necessário que cada casal analise se de fato será mais benéfico, pois acumulação das rendas do casal pode representar o aumento da progressividade do IRPF, que embora possa haver abatimento com as deduções, essas possuem limitações legais. Em contrapartida, quando um cônjuge é isento e ainda tem gastos com despesas dedutíveis, será mais benéfica esse tipo de declaração.

c) Splitting

O *splitting* é um sistema bem peculiar, uma vez que propõe a acumulação dos rendimentos dos membros que formam a unidade familiar para, posteriormente, haver uma divisão igualitária.

Explica-se. No *splitting* há, inicialmente, a acumulação dos rendimentos, em seguida, há uma redistribuição com a divisão dos rendimentos entre os membros familiares, para, somente após, estarem sujeitos à incidência do Imposto de Renda Pessoa Física.

A questão mais importante desse sistema é que de fato nunca apresentará efeitos gravosos, sendo na maioria dos casos mais benéfico, ou quando não, apenas neutro, já que a progressividade do Imposto de Renda não é aumentada, tendo em vista que há a reunião seguida da divisão das rendas auferidas pelos consortes.²⁸

Quando há apenas um cônjuge economicamente ativo, o benefício é muito maior, pois há, em verdade, uma redução da progressividade em razão da redistribuição dos rendimentos. Essa questão já foi alvo de críticas sob a argumentação ser discriminatório em relação aos casais em que ambos são economicamente ativos. Na Europa, essa questão chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, o qual negou haver qualquer inconstitucionalidade na utilização da técnica do *splitting*.²⁹

²⁷ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 71

²⁸ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 71

²⁹ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 71.

O *splitting* teve sua primeira previsão em 1930 pela Corte Suprema dos Estados Unidos. Atualmente, é utilizado em outros ordenamentos jurídico tributário no mundo, tais como Portugal, Alemanha e Irlanda, dentre outros.

O *splitting* possui dois tipos: *splitting* conjugal e *splitting* familiar ou quociente familiar.

i. Splitting Conjugal

No sistema de *splitting* conjugal estão presentes as características acima descritas, porém, há a restrição de que apenas as rendas dos cônjuges podem ser divididas, ou seja, o resultado da soma das rendas auferidas por ambos os cônjuges será dividida por dois, não sendo levada em consideração a possível existência de filhos dependentes.

Mesmo diante dessa restrição, essa técnica apresenta-se como mais benéfica que os sistemas anteriormente apresentados na maioria das vezes. Luciano Gomes elucida essa questão com seguinte exemplo:

“Para exemplificar, supondo que no Brasil a presente técnica fosse aplicada (utilizando –se as alíquotas atuais), se o marido ganha R\$ 3.000,00 e a esposa R\$ 2.000,00, as rendas seriam somadas (R\$ 5.000,00), e o que determinaria a alíquota aplicável é a metade do valor (R\$ 2.500,00), e o que faria com que o total de imposto a ser pago seja menor.

*Assim, caso as duas rendas fossem tributadas em separado, partindo do pressuposto que não há deduções fazer, o total de IRPF a ser pago seria R\$ 825,00 (R\$ 675,00 do marido + R\$ 150,00 da esposa). Aplicando-se o *splitting*, o total de imposto seria R\$ 750,00), o que representa uma economia para o casal de quase 10%.”³⁰*

A utilização desse sistema pelos casais permite um maior planejamento tributário, com realocação de rendas, em que aquele que auferir uma renda na qual irá incidir uma alíquota maior de Imposto de Renda pode transferir para o outro cônjuge que é tributado por alíquotas menores. Nos Estados Unidos esse é um comportamento comum que ocorre em razão da influência da legislação tributária sobre a unidade familiar no ato da declaração de IRPF.

O emblemático caso de O. Drucker e sua esposa, Joan (Drucker v. Commissioner, 461 U.S. 957, 1983) elucida bem o tamanho da influência da legislação tributária nos EUA sobre a vida dos membros de uma unidade familiar, uma vez que o casal se divorciou ao perceber que estava pagando mais imposto em razão do casamento, apesar do ex-cônjuges continuarem a viver juntos³¹.

³⁰ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 150.

³¹ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 150, em referência : Cf. GRAETZ, Michael J; SCHENK, Deborah H. Ob. Cit. 455-466.

Em sentido oposto, no mesmo país existem casos em que pessoas decidem se casar apenas para ter uma carga tributária menor.

Conforme expõe Luciano Gomes, esse método de tributação leva em consideração que “os gastos familiares realmente diminuam a capacidade econômica dos contribuintes”³² e busca uma maior justiça fiscal.

ii. *Splitting Familiar ou Quociente Familiar*

O *splitting* familiar ou *système du quotient familial* (quociente familiar) possui amparo apenas no ordenamento jurídico tributário da França, o qual foi instituído pela Lei de 31 de dezembro de 1945. Essa técnica de tributação caracteriza-se pela possibilidade da inserção de outros membros que compõem a unidade familiar na divisão da renda tributável, e não apenas entre os cônjuges como ocorre no *splitting* conjugal.

Assim, esse método tende a ser mais adequado para tributação do IRPF sobre a renda familiar, pois aproxima-se mais de sua realidade refletindo a capacidade econômica de cada unidade familiar, possuindo maior justiça fiscal.

*“o quociente familiar consiste em dividir a renda tributável por um número de partes que varia em função da composição do lar fiscal”. Trata-se de uma técnica de divisão da renda tributável, cujo divisor não leva em consideração apenas os cônjuges, tal como é feito no splitting, porém o número total dos integrantes da família.”*³³

O *système du quotient familial* segue a seguinte sistemática: i) deve-se verificar o número de partes entre as quais será dividida o total das rendas auferidas pela unidade familiar, em que cada cônjuge possui uma parte, e cada filho possui meia parte, sendo que esta se transmuta em uma parte inteira a partir do terceiro filho; ii) após o levantamento do número de parte, deverá ser efetuada a divisão para que se perceba o quociente familiar; iii) em seguida, deve-se sujeitar o quociente à incidência do IRPF de cada uma das partes, que não será necessariamente formada pelo número de membros que compõe a unidade familiar, tendo em vista que um membro pode representar meia parte e; iv) por último, finalmente, deve-se efetuar a multiplicação do imposto incidente sobre uma parte pelo número de parte que formam a unidade familiar.³⁴

³² FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 151.

³³ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 153 em referência: DOUET, Frédérie. **Précis de droit fiscal de la famille**. 5. Ed. Paris: Litec, 2006. p. 176.

³⁴ VELLOSO, Andrei Pitten. *op. cit.*, p. 72, em referência: CF. GOSCLAUDE, Jacques. MARCHESSOU, Philippe. **Droit Fiscal General**. 5. Ed. Paris: Dalloz, 2005. P. 210-212.

3. Tributação da unidade familiar em Portugal

A Constituição Portuguesa de 1976, a exemplo de outros países, inseriu o princípio da proteção da família. Porém, foi mais ousada ao prever expressamente o dever do Estado de não prejudicar a família através da carga tributária³⁵. A Carta insere o “*Direito Tributário no âmbito do Princípio da Proteção da Família, de modo que a tributação esteja de acordo com os encargos familiares*”³⁶, reconhecendo a diminuição da capacidade contributiva do indivíduo quando inserido em uma unidade familiar e, assim, estabelece que esse fator deve ser considerado quando da incidência do IRS³⁷.

A reforma do IRS português trouxe emblemáticas modificações em relação à tributação da unidade familiar, se antes a regra era a tributação conjugal obrigatória para casados e facultativa para casais que viviam em união de facto³⁸, com a mudança, o regime geral adotou tributação separada tanto para os casados quanto para aqueles que vivem em união de facto, embora ainda seja possível a adoção da tributação em conjunta.

Dessa forma, percebe-se que se utilizou um critério mais democrático, uma vez que permite que cada família faça a adoção da forma como pretende ser tributada. Optando-se pela forma conjunta, haverá a divisão ao meio da renda do casal, tornando a tributação mais benéfica em caso de desnivelamento das rendas entre o casal, uma vez que serão aplicadas alíquotas mais baixas após a divisão, e outra forma, caso um dos cônjuges receba um vencimento muito maior, após a separação, haverá a incidência de uma alíquota maior sobre aquele que possui rendimento mais alto.

A alteração legislativa do IRS modificou ainda a responsabilidade pelo pagamento da totalidade do IRS³⁹, o artigo 102º, C, nº 1, prevê expressamente que “*sendo exercida a opção pela tributação conjunta, a responsabilidade dos sujeitos passivos pelo pagamento do imposto é solidária*”, todavia, havendo opção pela tributação em separado, o mesmo artigo prevê em seu número 2 que “*na tributação separada, a responsabilidade dos cônjuges pelo pagamento do imposto é a que decorre da lei civil, presumindo-se o proveito comum do casal*”. Importante ressaltar que os

³⁵ Constituição da República de Portugal: “Art. 67.1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. 2. Incubem designadamente, ao Estado para proteção da família:(...) f) regular os impostos e os benefícios sociais de harmonia com os encargos familiares.”

³⁶ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 160

³⁷ “Art. 104.1.

³⁸ A opção era oferecida apenas para quem vivia em união de fato, aqueles indivíduos que eram casados não recebiam o mesmo tratamento. Essa previsão representava, portanto, o desestímulo ao casamento. FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 161. “Assim, o legislador português privilegiou as uniões de fato, concedendo-lhes o benefício da escolha, em cristalino desestímulo ao matrimônio, o que é extremamente paradoxal num país onde a constituição caminha a passos largos em termos de proteção da família.”

³⁹ FELIPPO, Luciano Gomes. *op. cit.*, p. 160, em referência: MOLINA. Pedro M. Herreira. Ob.cit.p.308.

dependentes também são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento do imposto que falta, nos moldes do mesmo artigo número 3.

Em 2017, o sistema do *quociente familiar* português que previa que os filhos, assim como os ascendentes eram considerados coletáveis de acordo com o valor de 0,3 por cada filho e por cada ascendente deixou de vigorar em Portugal. Com as medidas previstas pelo Orçamento do Estado de 2016, a partir do ano-calendário de 2016, com entrega da declaração em 2017, houve a substituição pela sistemática do *quociente conjugal* atrelado a um modelo de dedução fixa, permitindo-se apenas a divisão pelos dois membros do casal, aplicando-se as deduções fixas. Assim, por cada filho haverá a dedução no montante de 600 euros, caso a criança possua idade menor ou igual a 3 anos, haverá um acréscimo de 125 euros, perfazendo o total de 725 euros. Já em relação aos ascendentes a dedução será de 525 euros, quando estes viverem na mesma habitação e não possuírem rendimentos superiores a pensão mínima do regime geral.

Note-se que em relação às despesas relacionadas aos gastos com saúde poderá haver dedução de até 15% para não casado e de até 1.000 euros para casados com tributação em conjunta; e aos gastos com educação – permitida a dedução até o limite de 30% para não casado e de 800 euros para casados com tributação em conjunta, havendo outras despesas passíveis de serem deduzidas.

Portanto, percebe-se que recente alteração no âmbito da tributação da unidade familiar vem sendo realizada em Portugal com o intuito de adequar a forma de tributação às necessidades do sujeito passivo enquanto família.

4. Tributação da unidade familiar no Brasil

O sistema de tributação da unidade familiar brasileira possui muitas peculiaridades e complexidades, características não distintas do próprio ordenamento jurídico tributário do país. Inicialmente, faz-se mister compreender o funcionamento da progressividade do Imposto de Renda, o qual possui cinco faixas de alíquotas, sendo a primeira igual a zero, a segunda 7,5%, a terceira 15%, a quarta 22,5% e a quinta 27,5%, cuja evolução decorre do aumento da renda auferida pelo contribuinte passivo⁴⁰ e cada faixa de incidência da alíquota está relacionada com um mínimo e máximo obtido pelo contribuinte no ano calendário, que é anterior ao ano em que é feita a declaração, de acordo com a tabela atualizada anualmente pela Receita Federal do Brasil.

O entendimento sobre o funcionamento do sistema de progressividade de alíquotas é primordial para compreensão da tributação da unidade familiar. A legislação tributária que trata do Imposto de Renda Pessoa Física faculta aos cônjuges a

⁴⁰ <http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#tabelas-de-incid-ncia-mensal> Consulta realizada em: 11 de maio de 2017.

possibilidade de escolher entre as técnicas de declaração do Imposto de Renda com acumulação ou separação de rendimentos.

A Lei nº 3000 de 26 de março de 1999 regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, e disciplina cada técnica tributação em artigos distintos. O artigo 8º do citado dispositivo legal disciplina a forma como deve ser efetuada a declaração em conjunto do casal⁴¹. Nessa hipótese, um dos cônjuges irá efetuar a declaração de IRPF, na qual irá relacionar todos os bens do casal, conforme disposição do §2º do artigo, podendo utilizar-se da compensação do imposto recolhido antecipadamente ou que tenha sofrido retenção na fonte, pelo outro cônjuge. Há, ainda, a possibilidade do cônjuge declarante deduzir gastos referentes ao cônjuge dependente.

Já apresentação de declaração de IRPF, em separado dos cônjuges, está disciplinada pelo artigo 7º, de mesma lei⁴². Nessa hipótese, cada cônjuge deverá efetuar uma declaração de IRPF em separado, na qual irá apresentar sua renda auferida no ano-calendário referente, bem como deverá informar a metade dos rendimentos auferidos em conjunto. Já os bens pertencentes ao casal deverão ser declarados apenas por um dos cônjuges quando ambos forem obrigados a declarar, ou na declaração do cônjuge que estiver obrigado, quando o outro estiver desobrigado.

O artigo 6º, parágrafo único, prevê a possibilidade de os rendimentos produzidos pelos bens em comum serem declarados por apenas um dos cônjuges, de forma a facilitar a elaboração da declaração: *“Opcionalmente, os rendimentos produzidos pelos bens comuns poderão ser tributados, em sua totalidade, em nome de um dos cônjuges.”*

Portanto, o ordenamento jurídico tributário permite que os cônjuges escolham entre a declaração de IRPF de forma conjunta ou separada, devendo casal analisar a hipótese que lhe será mais benéfica. No que tange às possíveis deduções, as despesas médicas, educacionais e com dependentes podem ser deduzidas dentro dos limites legais

⁴¹ Lei nº 3000 de 26 de março de 1999: “Art. 8º Os cônjuges poderão optar pela tributação em conjunto de seus rendimentos, inclusive quando provenientes de bens gravados com cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade, da atividade rural e das pensões de que tiverem gozo privativo. § 1º O imposto pago ou retido na fonte sobre os rendimentos do outro cônjuge, incluídos na declaração, poderá ser compensado pelo declarante. § 2º Os bens, inclusive os gravados com cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade, deverão ser relacionados na declaração de bens do cônjuge declarante. § 3º O cônjuge declarante poderá pleitear a dedução do valor a título de dependente relativo ao outro cônjuge.”

⁴² Lei nº 3000 de 26 de março de 1999: “Art. 7º Cada cônjuge deverá incluir, em sua declaração, a totalidade dos rendimentos próprios e a metade dos rendimentos produzidos pelos bens comuns. § 1º O imposto pago ou retido na fonte sobre os rendimentos produzidos pelos bens comuns deverá ser compensado na declaração, na proporção de cinquenta por cento para cada um dos cônjuges, independentemente de qual deles tenha sofrido a retenção ou efetuado o recolhimento. § 2º Na hipótese prevista no parágrafo único do artigo anterior, o imposto pago ou retido na fonte será compensado na declaração, em sua totalidade, pelo cônjuge que declarar os rendimentos, independentemente de qual deles tenha sofrido a retenção ou efetuado o recolhimento. § 3º Os bens comuns deverão ser relacionados somente por um dos cônjuges, se ambos estiverem obrigados à apresentação da declaração, ou, obrigatoriamente, pelo cônjuge que estiver apresentando a declaração, quando o outro estiver desobrigado de apresentá-la.”

previstos pela Lei nº 9.250 de 26 de dezembro de 1995, que regulamenta o imposto de renda das pessoas físicas.

Assim, o contribuinte que efetuar sua declaração de IRPF completa, não pode ser a declaração simplificada, poderá efetuar as deduções legalmente previstas na mencionada lei, com gastos próprios ou com gastos de seus dependentes.

5. Conclusão

O principal objetivo deste trabalho foi analisar os diferentes sistemas de tributação da família, no que concerne à incidência do IRS/IRPF, com suas características e peculiaridade, expondo os modelos utilizados por alguns países de importância internacional e o regime adotado em Portugal e Brasil, apresentando as recentes alterações legislativas que buscam uma maior adequação do sistema tributário às características dos contribuintes quando inseridos em uma unidade familiar, com especial enfoque aos princípios constitucionais que regem a incidência desse tributo.

Nesse sentido, restou demonstrado que as normas de natureza fiscal, relativas à tributação do Imposto de Renda, podem servir de importante veículo para que esse fim seja alcançado. Países que apresentaram problemas demográficos, principalmente os europeus, em razão de seu histórico de guerras e maior planejamento familiar, característica dos países desenvolvidos, enxergaram na finalidade extrafiscal do Imposto de Renda um meio para incentivar a formação da família.

Em outros países, os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e o incentivo à instituição familiar tiveram predominância no desenvolvimento de técnicas de tributação da família, de forma que sua formação não fosse agravada com alíquotas maiores do Imposto de Renda.

Assim, o método de tributação adotado por cada país pode acarretar em um maior amparo aos princípios da proteção da família, igualdade e capacidade contributiva, bem como pode representar em ofensa a tais direitos. Assim, no curso da presente análise, foram apresentados os principais sistemas de tributação do Imposto de Renda da família, quais sejam: sistema de separação: absoluto ou relativo; sistemas de acumulação: acumulação simples ou acumulação com deduções específicas; e *splintting*: conjugal e familiar.

Em Portugal, país que insere o direito tributário no âmbito do princípio da proteção da família de forma moderna, houve importante alteração em seu ordenamento tributário que alterou a sistemática da incidência do IRS no que tange à tributação da unidade familiar, facultando aos casais (casados ou em união de facto) a tributação em conjunta ou em separado, bem como alterou do *quociente familiar* para o *quociente conjugal* com deduções fixas, atribuindo a cada filho dependente ou ascendente dependente um valor fixo a ser deduzido.

No Brasil, o regime de tributação da unidade familiar prevê as hipóteses de os cônjuges efetuarem suas declarações de Imposto de Renda em separado, em que cada cônjuge deverá efetuar uma declaração de IRPF de forma autônoma, sem levar em consideração a unidade familiar; ou em conjunto, na qual poderão ser abatidos os gastos com o cônjuge dependente. Esse sistema tributação permite a utilização de deduções específicas que podem ser próprias ou dos dependentes.

Conclui-se, assim, que existem diferentes sistemas de tributação da unidade familiar que são escolhidos e adotados de acordo com a realidade de cada país. Certo é que algumas técnicas de tributação possuem maior observação aos princípios da capacidade contributiva e igualdade, bem como representam maior proteção à família. Enquanto outras são menos permissivas, com adoção de técnicas mais rígidas que se afastam da real capacidade econômica do contribuinte.

Referências

- AFONSO, Sylvio César. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza da pessoa física (Aspectos infraconstitucionais relevantes). Dissertação de Mestrado. PUC/SP 2008.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos. 2 ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- DOUET, Frédérie. *Précis de droit fiscal de la famille*. 5^o Ed. Paris: Litec, 2006.
- MORAES, Rui Duarte. *Sobre o IRS*. 3^o ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- FILIPPO, Luciano Gomes. *Tributação da Renda Familiar*. Revista de Direito Tributário n^o 25; p. 138, mar/abr2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GOSCLAUDE, Jacques; MARCHESSOU, Philippe. *Droit Fiscal General*. 5. Ed. Paris: Dalloz, 2005.
- LINDHOLM, Richard W. Public and fiscal policy: na analysis of govetmment spending, revenue and debt. New York: Pitman Publishing Corporation, 1950.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26^a edição. São Paulo: Melheiros, 2005.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza: o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. V5: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PAUMIER-BIANCO, Madalena Sofia. *Família e imposto: a tributação da casa de morada da família*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- TESSARI, Cláudio, FRANKE, Denise Neulia e GIRELLI, Camile Serraggio. A possibilidade jurídica de ambos os genitores declararem o(s) mesmo(s) filho(s) como dependente(s) para fins de imposto de Renda Pessoa Física, em caso de guarda compartilhada, sem fixação de pensão alimentícia. *Revista Tributária e de finanças públicas RTrib*, ano 20, n. 106., set/ago 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- VELLOSO, Andrei Pitten. *A tributação da família no Brasil à luz dos princípios constitucionais*. *Revista Fórum Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 46, jul/ago 2010.
- <http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/imposto-de-renda/arquivos-e-imagens/historia-do-imposto-de-renda-1.mp4/view>. Acesso em: 11 de maio de 2017.
- <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#tabelas-de-incidencia-mensal>. Acesso em: 11 de maio de 2017

A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PÓS-MODERNIDADE A PARTIR DE SOCIEDADES POLITICAMENTE DEMOCRÁTICAS E SOCIALMENTE EXCLUDENTES.

THE MITIGATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN POST-MODERNITY ACCORDING TO POLITICALLY DEMOCRATIC AND SOCIALLY EXCLUSIONARY SOCIETIES.

Augusto Eduardo Miranda Pinto¹

Instituto Federal Fluminense/ Universidade Estácio de Sá

Leonardo Gama Alvitos²

Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro – UENF

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 3. Conclusões; Referências

1. Introdução

A formação da identidade e personalidade do homem no decorrer do século XX é constituída através do trabalho. A ‘personae’ a partir da maldição bíblica que somente quem trabalha come se converteu em uma moral laboral fundamental da essência humana. Neste contexto o cidadão somente se concebe como cidadão trabalhador. Ele não está ligado somente sob o aspecto privativo, mas também político, pois através do labor ele se faz representar, votar e ser votado. Não se trata apenas de estar desempregado, ou de evitar a pobreza e a marginalização, mas de vislumbrar um futuro de liberdade política a partir de uma participação plena e efetiva dos cidadãos no processo democrático como um todo. Neste capitalismo social do pós-guerra têm-se a convicção de que somente quem tem um posto de trabalho seguro, pode assegurar um futuro material e que com isso teriam capacidade de se apropriar de uma democracia e torna-la ativa verdadeiramente. Sem uma condição digna de trabalho e o vislumbre de uma seguridade material não existe liberdade política nem, por tanto, democracia

¹ Possui mestrado e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Pós-doutorado na Universidade de Coimbra no Centro de Direitos Humanos. Professor Titular do Instituto Federal Fluminense no curso de pós-graduação stricto sensu, professor e pesquisador da Universidade Estácio de Sá, Coordenador de Direito da FACRO-Rio das Ostras e Auditor Fiscal do Trabalho da Gerência Regional do Trabalho de Cabo Frio-RJ. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho e Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: meio ambiente do trabalho, urbanismo e direitos humanos.

² Advogado militante, possui Bacharelado em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Sendo Pós-Graduado em Direito Público e Tributário pela Universidade Cândido Mendes e Pós-Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida, Mestre em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro - UENF. Tem experiência na área de Direito Civil em Geral, Direito Administrativo, Tributário, Direito Público Municipal e Estadual. Professor na Universidade Estácio de Sá na Cadeira de Direito Administrativo, tendo ministrado as disciplinas de Sociologia Jurídica e Judiciária, Direito Tributário e Direito Civil.

propriamente dita, senão apenas uma situação de risco e ameaça generalizada por parte de ideologias de corte totalitário.³

A atividade laboral como forma de alcance de dignidade do trabalhador é algo contemporâneo. Em 1800, enquanto quase 2/3 da população mundial laboral, se encontrava sem uma fonte de salários regular e assegurada, vivendo em condições precárias, tínhamos 1/5 da população, que mesmos em condição de trabalhar, vivia mendigando e vagabundando, ou ainda, cometendo furtos e outros delitos. Com o surgimento da Burguesia se ofereceu uma nova alternativa para combater a pobreza e para religar os indivíduos a uma nova ordem social.⁴

Neste contexto a cidadania laboral surge além de um direito do trabalho, com regras claras e a perspectiva de uma relação contratual duradoura, através do respeito aos grupos étnico, culturais, regionais e de gênero. Dentro da sistemática ‘marshalliana’ está inserida nas três vertentes: civil, social e política. Nos direitos civis: quanto ao estabelecimento de contratos que abarquem a relação de hipossuficiente presente na relação de emprego, com o Estado regulando a igualdade entre as partes. Nos direitos sociais ou comunitários: a garantia que os direitos a saúde e segurança do trabalhador sejam respeitados, além dos benefícios previdenciários (pagamento nos casos de doença ou afastamento quanto à gravidez e acidente de trabalho), bem como as garantias de estabilidade na representação dos trabalhadores, o direito a greve, e por fim, não menos importante, um salário e condição digna da atividade laboral. Os direitos políticos se apresentam como um desdobramento dos anteriores, sem o qual não se pode fazer-se representar, um cidadão sem trabalho decente, não tem capacidade de votar ou ser votado.

2. Desenvolvimento

A instalação da União Europeia surgiu em um momento histórico, em que ocorria a perda irrevogável do pleno emprego. O capitalismo mundial ao debilitar o conjunto de valores da sociedade laboral nos países ocidentais, quebraria a aliança histórica entre capitalismo, estado assistencial e democracia, que foi a base do modelo keynesiano anterior. Este novo modelo neoliberal tinha como objetivo divorciar trabalhadores, estado assistencial e democracia, ou seja, quebrando princípios basilares do Estado Democrático de Direito.⁵

³ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona: Paidós, 2000, p. 21-22.

⁴ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona : Paidós , 2000, p. 20

⁵ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona: Paidós, 2000, p. 12-13

A intenção que presidiu à criação (abril/1951) da primeira das comunidades europeias, a CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço) foi extremamente positiva, pois se procurava evitar que os conflitos de interesses em relação à comercialização do Carvão e o Aço (nomeadamente entre a Alemanha e a França) pudessem conduzir estes povos a uma nova guerra. Todavia, a ideia de uma Europa Social não foi o intuito que orientou os Chefes de Estado e Governo dos fundadores do Mercado Comum Europeu, estes tinham consciência que sua formação se propunha a adotar soluções liberais no plano interno de cada estado. Foi uma opção pelo capital internacional em detrimento da Europa Social, privilegiando o aspecto econômico do mercado em detrimento da soberania local e da participação política efetiva.⁶

O *Tratado de Maastricht* foi o primeiro passo para o esvaziamento político e a prevalência dos interesses do mercado. Sua ideologia comunitária privilegiou uma política monetária cambial e orçamentaria que privava os estados-membros (principalmente os periféricos) de sua autonomia e prejudicando um modelo social europeu em detrimento do capitalismo internacional.⁷

Ressalta-se que na formação da União Europeia seu modelo foi uma imposição do liberalismo europeu sobre o intervencionismo francês. Inicialmente o tratado fundador em 1957 não tinha todas as características do neoliberalismo nos moldes de Hayek e Friedman, mas tinha já os fundamentos de um projeto liberalizador. Com o advento do Tratado de Roma, o processo de formação integrativo dos povos da Europa ocorreu sem uma participação efetiva dos cidadãos e com considerável déficit democrático. É um vício estrutural deste processo que apresenta uma ‘Europa’ com tudo, “menos um espaço solidário tudo menos uma entidade que respeite a *vontade dos cidadãos*, a *dignidade dos povos* da Europa e a *igualdade* entre os estados-membros soberanos”.⁸

A aprovação do Tratado de Lisboa mantém o afastamento da participação popular no processo de construção europeia. Apesar de não se chamar Constituição Europeia tem toda uma estruturação dos poderes políticos quanto às questões econômicas, financeiras e sociais. Foi aprovado facilmente nos parlamentos nacionais e proporcionou o início da austeridade dos países periféricos, o que apresentou uma resistência significativa das populações locais. Neste contexto se privilegia um socialismo de Estado para os ricos; e as políticas neoliberais, de austeridades para a classe média e

⁶ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 3-6.

⁷ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 8.

⁸ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 9.

os pobres, em uma política que socorre Bancos, retira os empregos dos mais novos, em face de um sistema financeiro sem efetivo controle.⁹

Este processo se fortaleceu com a contrarrevolução monetarista, em 1970, que foi introduzindo um novo modelo neoliberal de governança. Aproveitando-se de um período de estagnação apresentaram a inflação e o desemprego como resultante do modelo keynesiano falido. Voltava à famosa Lei de Say, que reafirmava a tese que o desemprego é sempre voluntário: quando a oferta de emprego for sempre acima do preço que se quer pagar por ela, baixam-se os salários até que o empregador se sinta rentável contratá-los, assim seria criada uma taxa flutuante de desemprego, com equilíbrio entre a oferta e a procura da força de trabalho, independente da taxa de inflação. Ou seja, quem é demitido, o é por não aceitar uma redução salarial, neste caso, quem não tem emprego, pode sempre aceitar um posto de trabalho com salário mais baixo. Tal teoria pressupõe que o trabalhador assalariado pode escolher livremente entre aceitar uma redução de salário ou procurar outro emprego, independente das convenções ou acordos coletivos que estabeleçam pisos e condições remuneratórias mínimas. As políticas monetaristas concedem prioridade absoluta ao combate a inflação, secundarizando o objetivo ao pleno emprego, ela opera através da contração da atividade econômica e do aumento do desemprego, com redução real dos salários. A fim de atender este propósito é essencial combater a representação sindical e reduzir a intervenção do Estado na economia.¹⁰

Parte da responsabilização pela implementação deste modelo ocorreu pela adesão dos partidos socialistas europeus, em que em uma nova sistematização, apoiaram a propriedade privada desde que não impedisse a realização da justiça social. Mas, com o tempo se verificou que ‘o canto do cisne não se concretizou’, mas para sobreviverem quanto ao acesso aos recursos monetários, os partidos socialistas sucumbiram.¹¹

Há um desequilíbrio de forças na União Europeia, as decisões são efetuadas a margem das relações intergovernamentais sob a influência da Alemanha, não há uma igualdade efetiva dos Estados membros consagrada nos Tratados, mas uma preponderância das decisões de um único membro.¹²

A ideia de um Estado representativo de uma entidade acima das classes e dos interesses da mesma foi o que abriu caminho para o fortalecimento da social democracia. Todavia, no caso europeu, também alinhou os partidos socialistas para apoiar o neoliberalismo, que alimentou o processo de construção europeia e incapacitou uma crítica efetiva a era da globalização neoliberal, principalmente em função de uma visão

⁹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 11.

¹⁰ NUNES, A. J. Avelãs. *Neoliberalismo, capitalismo e democracia*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 46, 2003, p. 13-18.

¹¹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 13.

¹² NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 13.

da inevitabilidade deste modelo e do fim do estado social. Esse processo conduziu ao agravamento da crise em função da defesa das políticas de austeridades, que prejudicou principalmente os países periféricos. Uma das consequências foi o dano imediato não apenas aos direitos dos trabalhadores e suas organizações, mas o reforço a predominância do grande capital financeiro, atingindo, inclusive, a pequena e média burguesia ligada as atividades produtivas.¹³

Ao analisar a expectativa em que as teorias liberais de democracia e justiça social se pautaram, estabelecendo como pilar: à defesa da igualdade de oportunidades como um princípio originador de uma sociedade livre e justa, verificamos que no modelo neoliberal as oportunidades de promoção social objetivando uma maior participação cidadã, não são seu objetivo. Em Portugal se apresenta elevados níveis de desigualdades, inclusive quanto comparado a outros países da União Europeia. Os indivíduos e as famílias portuguesas não tem conseguido obter rendimentos médios que sejam considerados adequados, inclusive no espaço europeu.¹⁴

A ideia do mito da indolência dos países da Grécia, Espanha e Portugal afirmado pela chanceler alemã Angela Merkel, quando exigiu a unificação da idade de reforma e dos períodos de férias na União Europeia, não reflete as desigualdades sociais e de rendimentos decorrentes de sua população. Esta deriva muito mais de aspectos institucionais do que da falta de empenho e de esforço dos indivíduos. Enquanto que os jovens portugueses estão entre os que obtêm mais retorno da educação para obterem rendimentos elevados no mercado de trabalho, as desigualdades sociais na obtenção do emprego ocorrem a partir da segmentação do mercado e das enormes disparidades de rendimentos entre as profissões de maior qualificação com as menos qualificadas. Uma solução passa por uma política de igualdade e pela diminuição dos hiatos salariais entre o campo profissional português e as diferenças simbólicas e materiais decorrentes deste.¹⁵

As medidas de austeridade em Portugal e outras nações semiperiféricas, em função das sucessivas crises do capital, impactam principalmente no aumento da pobreza e no desmantelamento da frágil classe média. Enquanto que no passado o Estado tinha conseguido empregar os trabalhadores com poucos recursos, inclusive os desqualificados, atualmente o agravamento da crise culminou em uma menor mobilidade social da população em geral.

Estar desempregado pode ter duas concepções: não ter emprego momentâneo, ou não ter a oportunidade de conseguir um emprego. A expectativa europeia estaria no primeiro caso, e boa parte da população brasileira no segundo. Principalmente porque

¹³ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 20-21.

¹⁴ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 59.

¹⁵ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 61.

para efeito do cálculo de desemprego, no caso dos índices de pesquisa usado pelo IBGE (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua) no Brasil, são considerados empregados aqueles que trabalham na informalidade, mascarando muitas vezes um setor marginalizado que não aparece nas pesquisas. Algo parecido vem surgindo na Europa com advento de um mercado desregulado.¹⁶

Esse regime de risco se intensificou no Brasil a partir das radicais transformações laborais nos anos 80 e 90 quando o país se inseriu no processo de produção globalizada e abriu o mercado laboral a uma economia política da insegurança. Este processo de eliminação da política e da sociedade como conhecemos influenciou posteriormente a Europa, e é chamado por Beck de 'brasilenização do ocidente'. Com este processo se confirma a tendência no futuro de flexibilização, informalidade e precarização dos direitos laborais com sindicatos fracos e pouca participação coletiva. A teoria da brasilenização constitui um adeus à suposição de que a implantação da sociedade laboral ocidental com seu alto grau de formalização, legalização e hierarquização dos distintos setores econômicos é um processo universal, pelo contrário, o lema da globalização contemporânea é a precarização.¹⁷

Em face desse novo modelo precarizador dos direitos laborais temos que na França 75% de todos os jovens trabalhadores são contratados temporariamente, e a maioria permanece nesta condição a não ser que detenha uma qualificação acadêmica superior. Os jovens no passado podiam deter uma situação precária laboral até conseguir o emprego permanente, através, sobretudo, da solidariedade familiar, mas na atualidade esse guarda-chuva social não se faz presente, pois a família carece de um arcabouço financeiro de auxílio em função da diminuição das pensões e do achatamento dos salários.

Os perigos enfrentados pela democracia neste contexto de retirada de direitos sociais e desemprego é o fascismo social. Ainda que esta terminologia tenha que ser usada com cuidado em função das razões históricas conhecidas, a terminologia se adequa em função do ambiente, na contemporaneidade, em que se apresentam desigualdades dada vez mais acentuadas entre cidadãos e grupos sociais, em que o sistema democrático apresentado pouco vale para se defender quanto à crise que se apresenta. Apesar de haver o perigo de regimes autoritários surgirem neste contexto, o mais acertado é que não seja necessariamente um regime político totalitário, mas um social e civilizatório, em que as sociedades serão politicamente democráticas e socialmente fascistas, eleitas por representantes que independente do voto, apoiem o capital financeiro e sua ideologia.¹⁸

¹⁶ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona: Paidós 2000, p. 113-115, 117.

¹⁷ BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona: Paidós 2000, p. 80-82, 95, 105-107.

¹⁸ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 118.

Outra forma vigente que Boaventura coloca é a do fascismo contratual, que seria quando existe uma desigualdade entre as partes do contrato, de modo que a parte mais vulnerabilizada não encontrasse alternativa a não ser a de ceder às condições propostas, por mais onerosas e despóticas que sejam. A pactuação do contrato de trabalho prevê o desequilíbrio entre as partes, sendo o trabalhador: o contratante hipossuficiente da relação. Neste caso é papel Estado garantir a igualdade das partes, tanto no aspecto legislativo quanto fiscalizatório, de modo a resguardar condições dignas para que este contrato seja firmado e cumprido. Todavia, o projeto neoliberal de transformar o contrato de trabalho submetido às mesmas condições de um contrato civil, em que no primeiro há vigente desequilíbrio entre os contratantes, precariza a relação de trabalho e revela a convivência entre o Estado democrático e o fascismo paraestatal. É uma nova forma de governo indireto, onde a prevalência de um Estado mínimo passa para iniciativa privada as funções de regulação social, anteriormente exercidas por ele.¹⁹

Outra forma de fascismo social é o da insegurança. A falta de expectativa dos trabalhadores que exercem atividades flexíveis e que a qualquer momento podem perder seus empregos, é um dos seus exemplos. Ele provoca elevado nível de ansiedade quanto ao presente e ao futuro, apresentando um horizonte sem expectativas e uma visão de não conseguir prover a si e sua família nas áreas básicas de sobrevivência e qualidade de vida. Atua em um espectro retrospectivo na memória em que enfatiza: a ineficácia do sistema de saúde estatal, de seguridade social, da saúde e educação e prospectivo de que não há esperança que estas condições melhorem a longo prazo. Apresentando o setor privado riscos excessivos quanto à manutenção de direitos básicos pela via estatal, sendo a única solução os seguros de saúde ou fundos de pensão privados, atingindo aquela camada de trabalhadores que tem renda suficiente para usufruí-los, ainda que precariamente.²⁰

A última forma importante para nossa análise é o fascismo financeiro. É ele que comanda o mercado financeiro e de alguma forma molda todo o processo de maximização de lucro e de precarização do trabalho em um processo de especulação financeira global. Essa economia de cassino, pela sua atuação em uma relação de espaço-tempo virtual diminuta, acaba conferindo um imenso poder ao capital financeiro, que pode abalar a economia ou estabilidade de qualquer país que seja marcado pelo seu exercício. “O objetivo é criar um capital universitário global que leve a cabo a mercadorização global da universidade com mínimo de interferência nacional”.²¹

Neste processo a presença de agências de notação, creditadas para avaliar a situação financeira dos Estados e os consequentes riscos e oportunidades que podem oferecer aos investidores internacionais, tem um poder extraordinário e um papel

¹⁹ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 120.

²⁰ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 121.

²¹ SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 122.

fundamental na exploração dos trabalhadores. As notas que vão de AAA AAD podem estrangular um país ao lhe atribuir uma nota baixa. O fascismo neste caso é exercido pela submissão das nações a um modelo econômico perverso legitimado pelas empresas econômicas internacionais e os Estados hegemônicos, em um fenômeno híbrido: paraestatal e supra estatal. Não é que se considere a medição do risco indevida para os investidores internacionais, mas a crítica é contra a sua feição arbitrária, pouco transparente e manipuladora. Sua influência é mais mediática do que baseada em critérios críveis. Elas podem criar a realidade que lhes convém. Um exemplo claro é a notação por contágio, quando um país somente por estar na mesma esfera econômica de outro, pode sofrer rebaixamento de nota, ainda que com uma condição diversa. Não há como resistir a um ataque como este.

A proliferação do fascismo social é um dos dois impactos mais destrutivos do capitalismo neoliberal nas relações sociais. [...] alimenta-se do enfraquecimento dos processos democráticos com a erosão progressiva dos direitos econômicos e sociais e da origem a formas de dominação muito semelhantes às que dominaram o capitalismo selvagem do século XIX. Nas condições de nosso tempo, só a radicalização da democracia nos termos referidos atrás pode inverter o processo de desumanização da humanidade atualmente em curso.²²

Não se pode comparar a ideologia neoliberal atual com os monetaristas da grande depressão, em que se apoiava o livre mercado e a redução a um Estado mínimo, que condenava a intervenção estatal. Os neoliberais apoiam um Estado forte, inserido em um ideário capitalista, defendendo seus princípios e mantendo seus privilégios, dentro de um financiamento político. Sua premissa de estruturação desse modelo pressupõe: os estados nacionais; as organizações internacionais; as agências de fomento dominadas pelo capital financeiro e assentadas na liberdade de comércio a nível mundial apoiando o grande capital; a desregulamentação dos mercados, privilegiando quem detém o maior poder econômico, em especial o mercado financeiro em detrimento das atividades produtivas, e a independência dos bancos centrais, que acentua o poder nas mãos dos tecnocratas formados na escola neoliberal, independente das exigências do povo, que elege seus representantes, mas que não podem alterar as políticas econômicas impostas.²³

Para abandonar o modelo do estado social keynesiano, somente um estado forte criaria condições para tal. O fascismo amigável é governado pela oligarquia do grande capital, que prevê um estado mínimo, mas atuante na implantação de sua política. Tal alteração estrutural visa à transferência para o capital dos ganhos de produtividade e para o aumento de rendimento das grandes corporações, acarretando a diminuição dos

²² SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011, p. 125-126.

²³ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 22.

direitos econômicos, sociais e culturais dos trabalhadores, com a desregulamentação das relações laborais, o enfraquecimento dos sindicatos e o esvaziamento da representação coletiva. Esta nova direita limita o poder dos sindicatos e apoia a destruição da sociedade da providência, valorizando os grandes conglomerados multinacionais em um novo estilo de governabilidade.²⁴

Neste contexto a própria visão do Direito do Trabalho vai se alterando no contexto doutrinário europeu, de um direito de proteção ao hipossuficiente da relação: o trabalhador, ele vai se transformando pouco a pouco no Direito dos Empresários, em que o conflito é evitado em função da maximização dos lucros e da fictícia diminuição do desemprego.

Sua faceta neoliberal é de um direito criado pelo estado capitalista, que propõe o abandono de uma legislação garantidora de direitos mínimos, para uma que privilegie a negociação coletiva, em um ambiente de enfraquecimento dos sindicatos e de desemprego maciço, garantido as condições do funcionamento do modo de produção capitalista. Sua formatação quer acabar com a ideia de subordinação da relação de emprego, do trabalho alheio e da mais valia. Quer introduzir o conceito de um contrato de trabalho sem sujeição, poder e disciplina de uma das partes, partindo de uma ficção doutrinária e política que apresenta um contrato em que as partes são livres para contratar, mas tal conceituação é uma falácia, pois os trabalhadores não são livres de contratar ou não contratar, uma vez que sobrevivem através do salário, sem outra escolha, o que os obriga economicamente a trabalhar. A longo prazo esta necessidade mútua entre trabalhadores e empregadores se fortalece, mas a curto prazo o poder de sujeição do empregado é muito maior, tendo em vista a capacidade de o detentor do poder econômico manter a contratação de mão de obra a baixos níveis, de modo a conseguir que a parte mais fraca aceite seus próprios termos, principalmente oferecendo baixos salários.²⁵

No projeto neoliberal há um processo de esvaziamento democrático em que prevalece a ótica do capital e se introduz uma reeducação neoliberal, inclusive no âmbito político. Vislumbra-se um caminho único de transposição para uma economia de mercado, independente da natureza dos governos eleitos. Impõe-se reformas de instituições políticas e econômicas, com estabelecimento de um banco central independente, com uma política orçamentária baseada em autoridades reguladoras que não dependem da legitimidade eleitoral e se apresentem contra uma possível intervenção da democracia das massas.²⁶ Os “motores da globalização neoliberal podem ser parados

²⁴ NUNES, A. J. Avelãs. *Neoliberalismo, capitalismo e democracia*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 46, 2003, p. 55.

²⁵ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 24-25.

²⁶ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 26.

ou mesmo postos a andar em marcha atrás; a inevitabilidade da globalização neoliberal é um mito; a tese de que não há alternativa é um embuste”²⁷

O papel do Fundo Monetário Internacional se apresenta incompatível com valores de participação democrática e com transparência nas discussões que devem pautar as instituições de governação global. Não há como princípio do direito internacional a liberação incondicional de suas fronteiras. É necessário a imposição de restrições aduaneiras de modo a manter uma reserva de soberania estatal. É da própria natureza dos Estados proteger os interesses dos seus cidadãos, principalmente nas relações internacionais e nas políticas. Dependendo de como é efetuada a regulação de bens e serviços nos Estados há consequências no plano econômico e social, principalmente, em virtude das disparidades existentes entre as nações e dos impactos na população das mesmas, em relação ao grau de desenvolvimento de cada uma. A nova sistemática financeira internacional em função da tecnologia informacional e da globalização aumentou a interdependência dos Estados, mas sua atuação deve, em última instância, proporcionar acesso aos mercados em uma abordagem humanística e assistencialista das pessoas mais necessitadas. Esta visão deve proporcionar um comércio aberto e justo para o comércio mundial entre nações industrializadas e em vias desenvolvimento, com possibilidade que todos possam participar com as mercadorias e serviços que produzem, criando condições para o desenvolvimento a longo prazo com melhoria de vida para os seus cidadãos. O desenvolvimento econômico não deve oprimir, dividir e discriminar, ele deve, sobretudo, segundo o economista Nobel Amartya: ser uma dimensão do progresso humano para a liberdade.²⁸

Não há como conceber a ideia de um mercado independente de uma esfera de poder, tanto ele como Estado são instituições sociais, uma criação histórica da humanidade, que também se apresentam como uma instituição política determinada a atender interesses específicos, de modo que um e outro se influenciam e se aproveitam dentro do modelo neoliberal, a partir de uma simbiose de exploração e precarização, principalmente quanto a flexibilização do direito dos trabalhadores.²⁹

A nova União Europeia abraça este modelo conforme apresenta Nunes:

O Tratado de Maastricht, ao criar a União Europeia, veio redistribuir os poderes no seio da UE em claro prejuízo dos países mais pequenos e mais fracos. O *Tratado de Lisboa* acentuou escandalosamente o desequilíbrio de poderes entre os estados-membros da UE, apesar de continuar a proclamar, hipocritamente, a igualdade entre eles. O *Tratado Orçamental* (2012) vem reduzir os países mais débeis a um estatuto de tipo *colonial*, ‘governados’ por

²⁷ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 90.

²⁸ MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 516.

²⁹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 30.

executivos eurocratas, deixando claro que todo o poder que conta está entregue à Alemanha.³⁰

Um dos motivos desses desacertos reconhecido pela doutrina é a decisão precipitada de criar uma união monetária europeia sem antes os países membros reunirem os requisitos mínimos e semelhantes: de desenvolvimento e de produtividade, no que diz respeito às transações de bens e serviços e, sobretudo, na mobilidade de mão de obra, com regras trabalhistas e pisos salariais compatíveis, em uma estrutura política participativa que propicie um orçamento com capacidade redistributiva a partir de uma federalização da fiscalidade, não permitindo a prevalência econômica de determinados países em detrimento de outros. Não há como este modelo impor uma moeda única com significativos déficits públicos diferenciados e níveis distintos de desenvolvimento econômico e social. Para a implementação de uma verdadeira união europeia são necessárias políticas que incentivem a solidariedade e cooperação no atendimento de metas e projetos em comum.³¹

A moeda única acarretou a consolidação do poder de grandes grupos transnacionais europeus e por uma nova divisão internacional do trabalho, que diminuiu salários e boa parte dos benefícios sociais, através de uma mobilidade de mão de obra em situações distintas de demanda por emprego e de condições sócio econômicas, favorecendo o trabalho informal e ilegal. Tudo para permitir a construção de uma Europa federal neoliberal, com mitigação do Estado social.

Da maneira como foi formatada a União Europeia, principalmente a partir da união de suas moedas, afastou-se a capacidade de financiamento dos países membros, principalmente os periféricos, quanto aos instrumentos para combater as dificuldades na balança de pagamento, manejarem suas taxas de juros, regularem os movimentos de capitais e poderem diminuir os impactos da crise. Sua única opção de controle foi à diminuição dos salários e empregos para enfrentar os choques externos e garantir ao capital financeiro a apropriação de ganhos de produtividade. A exigência das instâncias comunitárias e das *troikas* privilegiaram o aumento no horário de trabalho, na redução dos salários reais, na diminuição dos descontos patronais para a segurança social, na precarização de sua abrangência e na redução dos direitos sociais dos trabalhadores.³²

A grave questão neste contexto é a privatização do Estado, pois por não ter meios financeiros de estabelecer sua política econômica só resta ir ao ‘mercado’ e se sujeitar as regras estabelecidas pelo mesmo. Um determinado grupo de bancos decide o que convém ou não no país, apesar de não terem nenhum mandato democrático para tal. A saída da

³⁰ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 37.

³¹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 38.

³² NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 41,42.

crise está na valorização da atividade produtiva em detrimento do capital financeiro a partir de instâncias políticas legitimadas que visem os interesses locais, em uma socialização do investimento, e não em uma subordinação cega do mercado.³³

A Alemanha foi quem mais se beneficiou do euro, principalmente em face da desvalorização do dólar frente ao mesmo. A balança de pagamentos deficitária em 1991, ano da reunificação, começou a registrar saldo positivo em 2002, dois anos após a entrada em circulação do euro. Todavia em 2012, cresceu somente 0,7 %, e em 2013, cresceu 0,4 %, embora ainda que se tenha reduzido à capacidade econômica, a média de crescimento no mesmo período de outros países membros foi muito mais baixa: de -0,4% em 2012 e 0,1 % em 2013. Ou seja, ainda que mantenha sua superioridade, a crise bate as suas portas, tendo no segundo e terceiro trimestre de 2014 uma retração da atividade econômica alemã.³⁴

A Alemanha com sua economia mais forte desencadeou uma baixa de salário e incremento do poder de compra dos alemães, para ganhar vantagens competitivas em relação a seus parceiros, demonstrando uma política imperialista e não a solidariedade que devia permear o mercado comum. Sua prática é de exportação de seus déficits externos para países membros mais fracos impulsionando suas dívidas externas privadas e públicas, sendo estimulados a endividar-se a fim de pagar os produtos que a Alemanha quer exportar, em um regime de colonialismo privilegiado: uns (poucos) países são metrópoles, outros são colônias.³⁵

(...) verdadeiro *pacto colonial* imposto pelos ‘arianos’ do norte aos ‘bárbaros’ do sul, incapazes de autogoverno, visão que, embora traduza uma certa realidade, não pode esconder a verdadeira essência do que está a passar-se: uma imposição do capital financeiro e dos estados e outras instâncias do poder político ao seu serviço – a *ditadura do grande capital financeiro* – à grande massa dos que, em todo o mundo, vivem do seu trabalho.³⁶

A valorização do euro favoreceu estrategicamente os países que exportam bens e serviço de tecnologia avançada e de elevado valor agregado; mas afetou os países do Sul, que exportam produtos de baixa tecnologia e baixo valor acrescentado.³⁷

Esta “paixão pela austeridade” só pode justificar-se por razões ideológicas: destruir o estado social, difundir a cultura do medo e alterar a favor do capital

³³ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56., 2013, p. 45.

³⁴ BECK U. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. 1. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 13.

³⁵ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56., 2013, p. 55-56.

³⁶ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56., 2013, p. 98.

³⁷ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56., 2013, p. 60.

a estrutura das relações laborais, anulando a contratação coletiva, enfraquecendo os sindicatos, precarizando o emprego, facilitando e embaratecendo os despedimentos, reduzindo os salários e os direitos dos trabalhadores, aumentando o horário de trabalho, reforçando, em suma, a exploração dos trabalhadores.³⁸

Necessita-se de um novo Leviathan, que proteja os povos periféricos, que são incapazes de um autogoverno. Como um método de imposição da classe dominante, esse lobo do homem propõe a negação da cidadania e a morte da democracia através da propositura de um pacto orçamental. Entre outras medidas, impõe um limite máximo de 0,5% do PIB para o défice das contas públicas, com a exigência de os estados com dificuldades financeiras reduzirem a dívida a uma taxa média anual de 1/20. Essas medidas visam sobretudo o corte dos direitos sociais (educação, saúde e seguridade social), com aumento da desigualdade e da pobreza.³⁹

Os resultados das *políticas de austeridade* são conhecidos e não são nada animadores: já em dezembro/2013, o Eurostat veio dizer-nos que 25,3% da população portuguesa está em risco de pobreza ou mesmo de exclusão social. Essas políticas têm sido ‘justificadas’ com o ‘argumento’ de que nos colocámos numa situação de devedores porque andámos (todos...) a viver acima das nossas posses.⁴⁰

A um movimento de se governar a Europa precarizando direitos da seguridade social e do trabalho. Esta revolução conservadora legitima todas as ações em um projeto neoliberal que deve ser aceite inclusive pelo Tribunal de Justiça Europeu. É assim apresentada uma forma de fascismo amigável, que é nada mais que o direito do mais forte, em que os trabalhadores, independente do governo eleito, em obediência ao mercado, com um pensamento único, sem outra escolha, são submetidos a políticas que os exploram ao máximo, a fim de otimizar as taxas de lucros do capital financeiro. Deve-se preocupar com esta posição ideológica, tendo em vista que o fascismo surgiu na história com fórmula parecida, quando o estado capitalista não conseguiu responder as aspirações dos trabalhadores, de modo a oferecer as condições mínimas de uma vida digna.⁴¹

Os líderes de governos fascistas tiveram suas carreiras políticas impulsionadas pelo apoio maciço dos trabalhadores. A ascensão do nazismo está ligada a forte depressão e níveis de desemprego na Alemanha dos anos 30. A democracia não é uma conquista

³⁸ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 81-82.

³⁹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 99.

⁴⁰ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 121.

⁴¹ NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 152.

definitiva, uma recessão prolongada pode minar seus valores e favorecer o surgimento de uma direita conservadora e xenófoba. A maioria dos sociólogos europeus aponta para um perigoso esvaziamento da democracia representativa, com o aumento da abstenção dos eleitores e uma total descrença dos cidadãos, que não veem suas necessidades serem atendidas no quadro do capitalismo neoliberal.⁴²

A Europa tem dois caminhos que pode seguir: pode superar a história dos Estados nacionais, respeitando suas peculiaridades locais e apontando para uma participação dos membros menos favorecidos nas decisões estratégicas dentro da União Europeia, reforçando a solidariedade e a cooperação democrática. Ou ainda, pode se aproximar de um regime conservador, totalitário em face dos inúmeros problemas sociais que não consegue administrar.

O processo de exclusão social atual põe em xeque a própria civilização e as condições de vida em democracia. Não é somente o baixo nível de rendimento ou poder de compra, mas a ideia de viver em uma sociedade de risco, em que o emprego precário pode desaparecer e as necessidades básicas não poderão ser atendidas, em um quadro total de desesperança. É necessária a reversão desse processo para passarmos de uma Europa alemã para uma Europa em si mesmo, cooperativa e solidária.

O problema do nosso mundo não é o excesso da globalização, mas sim o déficit da globalização. Torna-se necessário superar a discrepância entre a extensão e profundidade da integração global da economia, por um lado, e o déficit de integração social, por outro.⁴³

3. Conclusões

No final dos anos 1970 surgiram ideias neoliberais que previram a necessidade de um Estado forte, sob a influência do mercado, a partir de um mundo em que a renda e o emprego fluíssem livremente. Este movimento na pós-modernidade tentou-se adequar o conceito de cidadania com os avanços tecnológicos e ganância mercantil, todavia não houve uma repartição de riscos e renda, mas uma fragmentação na relação de emprego que deixou o exercício da cidadania prejudicado. Essa nova era globalizante se refletiu na desterritorialização do social a partir da virtualização do espaço e de um contexto de concorrência pelo capital investidor que acabou com a territorialidade como princípio de ordenamento e saber cultural, em um processo de trabalho fragmentário e móvel, que fornece uma mão de obra mais barata e disponível a nível planetário.

Neste contexto há uma redução de cargas fiscais, impostos e de salários de maneira a captar o investimento global. Com a valorização do setor terciário e a prestação

⁴² NUNES, A. J. Avelãs. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013, p. 157.

⁴³ MOREIRA V. Trabalho digno para todos. *A cláusula laboral no comércio externo na União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 240.

de inúmeros serviços, não se depende mais da localidade onde ocorre a produção, movendo-se o emprego para os Estados que fornecem infraestrutura e salários reduzidos. Através de processos precarizadores dos direitos laborais e mediante a celebração de contratos a tempo parcial, o trabalho clássico do modelo keynesiano se desintegra e perde sua identidade, com barateamento da mão de obra e enfraquecimento da representatividade coletiva, mediante celebração de acordos cada vez menos benéficos. Prolifera o trabalho flexível, não há lealdade ou confiança com seu empregador, como no modelo anterior, é uma mão de obra descartável e abundante, em um mundo globalizado e socialmente fragmentado.

Neste mundo novo precarizado não se pode contar nem com Estado, nem com a sociedade de providência, que seria constituído por elementos de uma solidariedade social, informal constituída por familiares e amigos. Com o desemprego e empregabilidade sazonal há uma fragilidade nas poupanças pessoais e das redes sociais, o que prejudica ajuda financeira ou material de familiares e amigos, aumentando a crise e o nível de insegurança.

Esse regime de risco também atingiu o Brasil nos anos 80 e 90 quando ele se inseriu no processo de produção globalizada. Os prejuízos para os trabalhadores foram mais intensos em virtude da ausência de uma rede de proteção aos direitos sociais como existentes na Europa. Todavia, o velho mundo não ficou imune aos efeitos da 'brasilenização do ocidente', como Beck afirma: quanto ao processo de flexibilização, informalidade e precarização dos direitos laborais, com sindicatos fracos e pouca participação coletiva, que atingiu o continente europeu e teve como a união monetária europeia seu grande catalisador.

A União Europeia surgiu em um momento histórico, em que ocorria uma crise quanto ao pleno emprego. Os valores da sociedade laboral nos países ocidentais foram alterados para adequação dessa nova exigência do mercado globalizado, quebrando a aliança histórica keynesiana entre capitalismo, estado assistencial e democracia, com a quebra de princípios basilares de participação popular nas decisões dos estados membros e da própria essência do estado democrático de direito.

Também o fascismo contratual se apresenta a partir de regras extremamente desiguais nos contratos de trabalho laborais, com submissão incondicional de uma das partes. Em um mercado precário e em crise, o trabalhador não vislumbra outra alternativa a não ser ceder às condições propostas por mais despóticas que sejam. Para um Estado fraco e submisso as condições de mercado, só resta à submissão a este modelo e a necessidade de propiciar os meios para tomada dos direitos dos trabalhadores.

O fascismo financeiro talvez seja a forma mais perversa de manipulação do capital a fim de atingir seus objetivos neoliberais. Em um processo de estelionato global, esta economia de cassino acaba conferindo um enorme poder ao capital financeiro, que abala a estabilidade de qualquer país, inclusive sua soberania. Através das ações de empresas transnacionais se impõe medidas de austeridades que levam a mercadorização global, com prejuízos significativos a parcela da população e ao aumento da pobreza.

Parte destas ações se apresenta através das agências de notação, que manipulam os mercados dos países e são fundamentais para a submissão das nações a um modelo econômico perverso e desigual, com uma feição de solução única e incondicional para todas as nações a partir do neoliberalismo, impedindo condições de participação efetiva dos trabalhadores nas decisões políticas e sociais, e afastando a noção de cidadania laboral em um mundo global, que se apresenta sem identidade e com uma mitigação cada vez maior dos direitos humanos.

Há uma preocupação nesta situação de crise planetária quanto aos perigos enfrentados pela democracia e o fortalecimento de regimes autoritários. Um de seus desdobramentos pode ser demonstrado pelo fascismo social, com o aumento da insegurança, a iminência da perda de emprego em qualquer momento, principalmente com elevado nível de ansiedade quanto ao presente e ao futuro, sem perspectiva quanto ao atendimento de suas expectativas e de sua família.

Neste quadro, em face das desigualdades cada vez mais acentuadas dos cidadãos e de sua falta de interesse no processo político por total inação de seus representantes, não há uma perspectiva de resolução do conflito através da participação popular. A solução pode ser através de uma sociedade politicamente democrática, entretanto socialmente fascista, atendendo os ditames do mercado; mas também, pode ser através de um regime totalitário que diminua a desigualdade social, mas que retire conquistas de direitos e garantias individuais já consolidadas no estado democrático de direito. De outra forma, em um quadro mais otimista, pode-se vislumbrar a longo prazo um fortalecimento das representações coletivas em um ambiente de precarização excessiva dos direitos trabalhistas, com consequente aumento da participação política, que consiga diminuir os efeitos do fascismo social e possa garantir um processo real de representação democrática, que pode acontecer através do ordenamento jurídico com a aceitação do mercado globalizado, ou do rompimento do mesmo, pela via revolucionária.

Referências

ALONSO, Luis *La Crisis de la Ciudadanía Laboral*. Barcelona: Anthropos, 2007.

BECK, Ulrich. *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Barcelona : Paidós, 2000.

_____. *A Europa alemã: a crise do euro e as novas perspectivas de poder*. 1. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

CARVALHO, Jose M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CORREA, Darcísio e BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer. O Desenvolvimento e as Perspectivas da Cidadania no Brasil – *Revista Direito em Debate*, Ano XVII, nº29, 2009.

HOBSBAWM, Eric. *Mundos do trabalho*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

- LIMA, Heitor Ferreira. *Formação industrial do Brasil: período colonial*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura: 1961.
- LINHARES, Hermínio. *Contribuição à história das lutas operárias no Brasil*. 2^a. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1977.
- LOBO, Eulália Maria Lahmeyer. *História do Rio de Janeiro (do capital comercial ao capital industrial e financeiro)*. Rio de Janeiro: IBMEC, 1978.
- MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MARQUES, Mário. *A dignidade humana como prius axiomático*. Stvdia Ivridica nº 101. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 566.
- MARSHAL, T. H. *Cidadania e classe social*. In: *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MOREIRA V. *Trabalho digno para todos. A cláusula laboral no comércio externo na União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.
- NUNES, A. J. Avelãs. *Neoliberalismo, capitalismo e democracia*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 46, 2003.
- _____. *O euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua*. Boletim de Ciências Económicas, Coimbra: Universidade de Coimbra, Vol. 56, 2013.
- RÉMOND, R. *Por uma história política*. 2^o Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- RODRIGUES, Edgar. *Trabalho e conflito: (pesquisa histórica - 1900-1935)*. Rio de Janeiro: Arte Moderna, 1975.
- SANTOS, Boaventura. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. São Paulo: Cortez, 2011.
- SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkein, 1993.
- STANDING G. *O precariado: a nova classe perigosa*. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.
- THOMPSON, E.P. *Formação da Classe Operária Inglesa*. 3 vols. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

AS TÉCNICAS DE GOVERNO E O USO DE JUSTIÇA CRIMINAL EM MICHEL FOUCAULT

GOVERNMENT TECHNIQUES AND THE USE OF CRIMINAL JUSTICE IN MICHEL FOUCAULT

Thaís Ferreira de Souza¹

Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

Rodolfo de Freitas Jacarandá²

Universidade Federal de Rondônia

Sumário: Introdução; 1. A Necessidade de troca das Artes de Governar: O Surgimento da Biopolítica; 2. O Exercício do Governo pelas Técnicas Securitárias: O Ciclo da Delinquência; 3. Um caso de “sucesso”: A guerra contra as drogas e a governabilidade pelo encarceramento.; Conclusão; Referências

Introdução

Parte do trabalho do filósofo francês Michel Foucault pode ser compreendido como um projeto amplo que aponta para um ponto-comum de suas abordagens: o poder. Não raro (e não por acaso) o autor é tido como o “filósofo do poder”, suas obras interdisciplinares, quando vistas em um quadro geral revelam um estudo multidirecionado e apurado em torno do poder (ou melhor, das relações de poder) e, por isso, a compreensão desse termo, em Foucault, além de peculiar é essencial para o desenvolvimento de qualquer estudo de instituições e governos nos dias atuais.

“Vigiar e Punir” é uma das mais conhecidas obras do filósofo e, talvez, a que mais chame atenção dos estudantes que iniciam a leitura do autor. Todavia, importante ressaltar que, em que pese a genialidade dessa leitura, é necessário ter em vista o contexto de crítica e o momento histórico ao qual Foucault se refere ali. Em síntese, “Vigiar e Punir” aborda o início do que ele chamou de *micropoderes*, com a finalidade de explicar como, ainda na soberania, uma nova forma de exercício de poder começou a se desenvolver: a disciplina³.

O principal foco de “Vigiar e Punir” são as *disciplinas* como forma política e as instituições que começaram a aplicá-las. O retrato da prisão e do disciplinamento dos corpos, a tomada do tempo e o investimento das técnicas de adestramento são descritos

¹ Bacharela em direito pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

² Doutor em filosofia pela UNICAMP e Professor da Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

³ Foucault, estabelece que século XVIII foi o século da organização do saber como disciplinas, em que num processo de escalonamento, distribuição, desses saberes disciplinados, deu origem ao que se chama de ciência.

de forma cuidadosa com intuito de demonstrar o início da transformação e troca das formas de governo.

As disciplinas surgem no fim do século XVIII, mas se estabilizam no século XIX e esse modelo é caracterizado por uma série de operações realizadas sobre os corpos dos indivíduos a fim de moldá-los a uma dada sociedade e a um certo governo. Esse regime foi cunhado, posteriormente, por Foucault, de *tanatopolítica*, que seria a politização da vida através dos corpos dos indivíduos⁴. O governo do micropoder mostra o início da difusão das “disciplinas” no corpo social através das instituições, bem como a importância delas nesse momento histórico: elas criavam o sujeito do contrato na passagem para o liberalismo.

Todavia, ao se trabalhar um autor como Foucault, deve-se ter em mente que suas obras não são trabalhos isolados e seu pensamento é composto por um conjunto – um projeto foucaultiano – portanto, esse é o erro que alguns estudiosos incorrem ao afirmar que o pensamento do filósofo é inadequado à realidade atual. As ideias foucaultianas não se encerram em Vigiar e Punir, é preciso ir mais profundo em seus trabalhos para compreender que e as disciplinas permaneceram como modelo por certo tempo e, posteriormente, passaram a coexistir com outro tipo de relação de poder, relação essa que deveria alcançar não só o indivíduo como corpo, mas a sociedade ao todo, ou seja, o conjunto de seres vivos.

A essa nova forma de organização do poder, Foucault chamou de *biopolítica*. E é a partir de tal conceito que a compreensão do atual modelo punitivo que adotamos deve ser analisado e (re)pensado. A compreensão do desenvolvimento das disciplinas para a evolução de uma nova forma de exercício de governo – a biopolítica – vista em conjunto com o uso das técnicas securitárias, é o ponto-chave para análise da realidade atual e compreensão do colapso do sistema punitivo moderno.

Portanto, esse trabalho é cuidadosamente conceitual e dedutivo, baseado no estudo profundo de obras do filósofo Michel Foucault em contraste com obras contemporâneas de criminologia a fim de estabelecer uma relação entre as ideias foucaultianas e o atual sistema criminal que se utiliza da política de encarceramento em massa.

Abordaremos, inicialmente, a passagem de uma forma de governar para técnicas modernas de controle. Assim, o surgimento da biopolítica, bem como sua relação com as disciplinas e instituições disciplinares. Nesse momento, focaremos em demonstrar como as técnicas de governo evoluíram até culminar no desenvolvimento de um sofisticado modelo que permita o acesso à vida do indivíduo para exercício da gestão dessa vida dentro de uma sociedade.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**

Posteriormente, ainda caminhando nessa evolução, apresentaremos o conceito de segurança – táticas de governo, demonstrando como a biopolítica aprimora-se para exercício da governabilidade de uma *população* em um dado *meio*. Esses conceitos serão delineados na perspectiva foucaultiana e, portanto, ganharão um contorno único que se encaixe na teoria.

À diante apresentaremos o caso da “Guerra às Drogas” como exemplo prático da aplicação da teoria de Foucault, ou seja, como o uso da política criminal de combate ao tráfico de drogas é uma forma de política de governo das massas nos Estados Contemporâneos. Como esse método utiliza-se do ciclo da delinquência e age conforme os mecanismos securitários para gerir a população.

Por último, traremos à tona a reflexão que o uso do sistema criminal como política tem causado à sociedade e ao indivíduo. Como proposta final e reflexão futura introduziremos a ideia de justiça restaurativa como método de solução de conflitos que remodula o mecanismo atual e surge como lógica contrária do problemático sistema atual.

1. A Necessidade de troca das Artes de Governar: O Surgimento da Biopolítica

O fim do século XVIII é caracterizado, em sua reflexão, por profundas mudanças históricas, que geraram a necessidade de reformulação dos mecanismos de exercício de poder. As causas de tais mudanças não são o foco do presente trabalho, portanto não serão exploradas detalhadamente aqui. Porém, genericamente, podemos destacar as mudanças ideológicas trazidas pela Revolução Francesa e demais revoluções europeias desse período; o avanço e desenvolvimento do capitalismo; as revoluções populares e queda das grandes monarquias. Esses são fenômenos que, em conjunto com outros, tornaram insustentáveis a manutenção do poder como vinha sendo exercido até então⁵.

Ainda durante o absolutismo pós-medieval, os mecanismos de controle já utilizavam procedimentos diversificados para dominar a vida, mas de uma forma negativa, através de seu oposto: com a ameaça e a imposição da morte. Na verdade, para o modelo de governo então vigente (definidos por Foucault como aplicação de “antigas artes de governar”) pouco importavam os saberes ligados às pessoas como grupo ou comunidade ou mesmo ter uma ciência da vida humana. O rei era o soberano maior – nele se personificava todo o poder e o ápice dessa realização era justamente na pena de morte, ou seja, momento em que ele decidia retirar a vida. A ele cabia “fazer morrer” ou “deixar viver”, em sua benevolência quando eximia alguém da morte⁶.

⁵ Era a soberania a forma de exercício de poder presente e dominante. FOUCAULT, Michel, Em defesa da Sociedade.

⁶ FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade. Vol I.

As penas, por excelência, eram os suplícios, rituais cercados de significações e simbolismos, normalmente feitos às claras, em meio público, cercados por pessoas que assistiam a uma espécie de espetáculo⁷. Os suplícios encerravam a vida do indivíduo criminoso – entretanto, a ideia era exercer correção e disciplina sobre o restante dos indivíduos. Ou seja, os propósitos disciplinares já coexistiam ainda que de forma tímida e pouco desenvolvida.

É após algum tempo que os mecanismos de disciplina tornam-se alvo cada vez mais almejado e as instituições de controle crescem, com surgimento das prisões, escolas, etc. É, portanto, durante o século XIX que ocorre a intensificação do interesse do governo sob a vida dos indivíduos e a disciplina passa a ser o principal investimento, como já dito antes, é esse o cenário descrito por “Vigiar e Punir”: as instituições de controle máximo. Entretanto, esse período é uma transição para o que realmente viria a se estabelecer como arte de governar em substituição ao Absolutismo.

Ocorre que, se coube ao regime disciplinar estabelecer os mecanismos de controle sobre os indivíduos através das instituições, é na *biopolítica* que as técnicas de controle ultrapassam as grades/muros das instituições com o fim de alcançar não só parte da sociedade, mas toda a *população*. Foucault descreve essa passagem, afirmando que as técnicas de poder que eram aplicadas ao homem-corpo, tornam-se dirigidas ao homem-espécie⁸. Ou seja, não que houve “eras”, mas a teoria *foucaultiana* possui momentos distintos (passagens) que, estudadas em conjunto, dão conta de como do Absolutismo houve um momento de passagem pela *Tanatopolítica*, que viria a caminhar para a Biopolítica.

Assim, a forma soberania que se estabelece após a Era Moderna passou a preocupar-se com a tarefa de *fazer viver*. Trata-se da apreensão da vida humana através da constituição de uma série de saberes acerca dela, para, então, obter controle sobre a mesma. Tudo isso virou alvo das relações políticas, cujas ações passaram a ser exercidas, em geral, pelo Estado, direcionadas à *população*. O que se opunha ao *fazer viver* era justamente o *deixar morrer*, pois o agir enquanto poder era sobre a vida, e a morte, era o momento em que escapava às relações de poder⁹.

O que, de fato, interessa à *biopolítica* é a vida humana em seu sentido biológico, ou seja, é o corpo do ser que se almeja – os processos naturais e artificiais manifestos pela vida, tais como suas doenças, ciclo de natalidade, alimentação, etc. – tudo aquilo que forma o *humano*. Assim, uma série de pesquisas direcionadas a isso se desenvolveu a partir de então, tal como os dados demográficos, as novas formas de exames

⁷ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir.

⁸ A passagem de uma técnica de poder disciplinar, para uma técnica biopolítica dá conta que havia um investimento sobre os corpos de indivíduos, considerando o homem como sujeito, mas sujeito em si, e que, posteriormente, o investimento passa a ser direcionado ao homem como parte de um todo, de uma espécie, em suas características biológicas. FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade, p. 204.

⁹ FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade. Vol. I.

medicinais, as pesquisas direcionadas ao corpo, enfim, toda uma técnica de apreensão da vida pelos saberes.

Ao novo corpo, que não é mais apenas do indivíduo, mas coletivo, Foucault chamou de *população*¹⁰. Ou seja, é a categorização dos indivíduos. Nos dizeres de Revel, população é, portanto, o “conjunto de seres vivos e coexistentes que apresentam traços biológicos e patológicos particulares e dos quais a própria vida é suscetível de ser controlada, a fim de assegurar uma melhor gestão da força de trabalho”¹¹, que se torna alvo mais intenso das estratégias políticas – de *assujeitamento*.

Através de mecanismos globais, essa nova forma de exercício de poder visava a assegurar o equilíbrio da vida humana¹², bem como estabelecer níveis de previsibilidade que permitissem ao Estado o controle máximo sobre todo esse desenvolver da vida humana em população. Assim, não seria mais o caso de disciplinar as pessoas, mas sim de regular ou *regulamentar* as vidas em conjunto. Por essa regulamentação, entende-se gerir ou governar – exercer *governabilidade*.

O surgimento da biopolítica liga-se a um termo específico, qual seja, a *norma*. A norma está relacionada tanto às disciplinas, quanto ao biopoder, isso porque o disciplinamento tornou necessário o estabelecimento de uma forma de código de conduta novo, ou seja, regras que dispusessem sobre o comportamento pretendido pelos indivíduos – regras essas que não seriam abrangidas pela lei (resultado da vontade de soberania). Na biopolítica, a norma é responsável por estabelecer, principalmente, a diferença entre normal e patológico e, a partir disso, coagir a um comportamento ético de cuidado e preservação da vida na população¹³.

A norma cria as diferenciações necessárias no meio, estabelece os patamares aceitáveis e inaceitáveis. Segundo Revel, a norma opera a medicalização da sociedade – nas análises de Foucault sobre o tema, ele enfatiza o preponderante papel da Medicina na constituição de um novo modelo de organização do poder. Por meio do discurso de higienização, ela permitiu o acesso às casas, ao íntimo das pessoas, e também operou a classificação dos loucos, delinquentes e doentes¹⁴. A normalização dos seres foi preponderante para o processo de conformação dos indivíduos que a biopolítica desejava operar.

¹⁰ FOUCAULT, Em Defesa da Sociedade. P. 206.

¹¹ REVEL, Judiht. Dicionário Foucault. P. 25.

¹² De tempo expectativa de vida, de morte, de tratamentos patológicos, etc, ao conjunto Foucault desses equilíbrios Foucault chamou de homeostase. FOUCAULT, Michel. Em defesa da Sociedade, p. 207.

¹³ FOUCAULT, Michel. Genealogia e Poder. In: Microfísica do Poder.

¹⁴ Em *Os Anormais* Foucault especifica uma série de processos pelos quais operou-se a normalização através da medicina, no que tange especificamente à sexualidade e institucionalização de práticas do corpo, e como isso se espalhou para os métodos de exercício de poder. FOUCAULT, Michael. **Os Anormais**.

O aparecimento da biopolítica (e biopoder) não se trata de um desaparecimento das políticas disciplinares. Em realidade, enquanto as técnicas de individualização desenvolviam-se na sociedade no século XVIII, de forma paralela e complementar, houve a necessidade de implementação dos mecanismos que visassem a alcançar os grupos de indivíduos, que se identificavam entre si (uma população), para desenvolvimento de uma economia política do poder – uma forma de *gerir*. O crescimento populacional e as necessidades político-econômicas fizeram com que, em realidade, ocorresse uma evolução das disciplinas, uma extensão delas para os arredores da sociedade.

Assim, não há oposição entre disciplina e biopolítica, inclusive porque as formas disciplinares não deixaram de existir, nem mesmo as instituições disciplinares. Ocorreu uma troca do objeto de controle: do indivíduo para os grupos. Foucault explica, inclusive, que não é possível identificar uma série de “eras”, ou seja, era disciplinar, era biopolítica, etc. Em realidade, o que ocorre é o aperfeiçoamento das técnicas e sua transformação, com elementos múltiplos e paralelos¹⁵.

A prisão, por exemplo, foi uma instituição que não foi extinta, ao contrário, cresceu cada vez mais. Ocorreu, no âmbito penal, igualmente, uma troca de relações de poder. O cárcere substituiu os suplícios, e trouxe com ele a nova ideia vigente. Se em sua fase inicial – os forçados – foi *lôcus* de aplicação das disciplinas novas que se formavam no século XVIII, posteriormente passou a exercer função ostensiva de vigilância e produção de saberes populacionais, ou seja, técnica de exercício de poder própria da biopolítica.

Nessa análise, é imperiosa a reflexão acerca do abandono da pena de morte. Esse abandono se deu exclusivamente por não se sustentar mais na lógica de exercício de poder que vinha sendo implementado, não por razões humanitárias. Em realidade, Foucault apontou que, nessa razão biopolítica, só seria possível manter a pena de morte em caso de completo convencimento da incorrigibilidade do criminoso, ou seja, mostrar o quanto ele seria letal para o restante – seria preciso a construção de uma identidade de perigo biológico para os demais¹⁶.

A regra, todavia, não era mais a de *matar*, mas *fazer viver*. Por isso, como legitimação do cárcere, surgiram os princípios reformatórios, em especial, os ideais de recuperação, eram ideais para o momento de fortificação da prisão. O que não foi explícito, porém, é que além do fato de manter o criminoso detento vivo, a prisão desempenharia mais funções, ocasionando outros tipos de impactos na vida do mesmo, transformando-o em, ao mesmo tempo, objeto e tática de exercício de poder sobre os demais.

A questão da prisão será mais bem trabalhada à frente, aqui demos apenas um exemplo do avanço dessas instituições já na forma da biopolítica. É importante discorrer,

¹⁵ FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. A história da sexualidade.

ainda, sobre como a economia passa a ser uma importante peça dentro da biopolítica enquanto forma de governar. A economia era considerada a arte de governo da família, ou seja, gerenciamento interno à casa, de finanças, comportamentos, e condutas¹⁷. Somente quando, no século XVIII, Rousseau cunha o termo economia política¹⁸, é que a economia passará a ser introduzida no espaço geral estatal.

Portanto, governar e ser governado teria a ver com a relação que se exerce entre pais e filhos, de atenção, vigilância e controle – isso no que concerne ao objeto *população*. Assim, visa-se a uma forma capilar de controle, que não se dará mais apenas pela força ou fronteira territorial, mas por meio de limitação e previsibilidade das ações e reações. É uma política de Estado, que Foucault chamou de *governamentalidade*¹⁹. Essa política não é um elemento que surgiu apenas com os mecanismos de biopolítica, tendo origem ainda com a identificação da economia política; todavia, tanto a estabilização de uma quanto da outra são bases que permitiram o desenvolvimento daquela.

2. O Exercício do Governo pelas Técnicas Securitárias: O Ciclo da Delinquência

Como já exposto, os efeitos das disciplinas perpassam o tempo. Eles estão espalhados na história e presentes em cada momento de maneiras diferentes. É certo que em cada governo, cada sociedade, teve seu foco disciplinar direcionado a organizar o exercício de poder, conforme seu modelo. Assim, é importante compreender como a forma disciplinar atua na sociedade contemporânea, no momento dos *dispositivos de segurança* – táticas de governo da biopolítica²⁰.

Foucault explicou o desenvolvimento dos espaços como *locus* de operação de poder e atendimento das necessidades governamentais. Assim, em *Segurança, Território e População*, o autor descreveu como as cidades se organizavam em espaço para fins de possibilitar a higienização, troca de capitais e, principalmente, a vigilância. É nesse contexto que o autor explicou que a disciplina de uma dada soberania se liga à ideia de circulação²¹. É certo que, ainda por volta do século XVIII, as formas de circular prendiam-se muito à estrutura física. Todavia, com a evolução das técnicas de estratégias

¹⁷ FOUCAULT, Michel. A Governamentalidade. In: Microfísica do Poder, p. 281.

¹⁸ ROUSSEAU, *apud*, FOUCAULT, Michel. Idem.

¹⁹ “Governar uma casa, uma família, não é necessariamente ter por fim salvar as propriedades da família; é ter como objetivo os indivíduos que compõem a família, suas riquezas e prosperidades; é prestar atenção aos acontecimentos possíveis, às mortes, aos nascimentos, às alianças com outras famílias [...]” FOUCAULT, Michel. A Governamentalidade. In: Microfísica do Poder, p. 283.

²⁰ “A disciplina só existe na medida em que há uma multiplicidade e um fim, ou um objetivo, ou um resultado a obter a partir dessa multiplicidade”. FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População, p. 16.

²¹ FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População.

de poder e transformação das artes de governar, vislumbrou-se a possibilidade de circulação em *redes* criadas pelos indivíduos.

É nesse sentido que Foucault trabalhou a *segurança* como tática da *bipolítica*, sem abandonar a disciplina. Como característica própria, a segurança trata de “maximizar” os elementos positivos do poder, fazer as relações de poder circularem da melhor maneira possível. Sabendo que os fatores inconvenientes e de risco (doenças, crimes, etc.) nunca serão suprimidos por inteiro, a segurança visa a lidar com eles da melhor maneira possível: avaliando os custos e benefícios entre regular os graus de ocorrência e controlar como se dão ou simplesmente combater para tentar exterminar²². Ou seja, a segurança age como técnica de *governamentalidade*.

Os dispositivos de segurança atuam de forma peculiar. Tratam-se de análises em uma relação de economia e utilidade, que verificam o que é mais custoso à sociedade em termos de vantagens e prejuízos. Assim, nem sempre acabar com o criminoso é mais vantajoso que manter o tipo de crime que ele comete num nível aceitável para a sociedade e para a economia. É a verificação é de que nem sempre a repressão direcionada a suprimir o crime será melhor que mantê-lo controlado.

Dessa maneira, o que se pretende, é criar uma perspectiva de previsibilidade e não extinção, ou seja, ter em vista a quantidade de crime cometido por tipo de crime cometido, o tipo de criminoso que o comete, sua idade, família, local de residência, pessoas com quem convive, tática de realização de crime, etc. Enfim, o que se almeja é, em um contexto de múltiplas possibilidades, ter noção da série de acontecimentos possíveis, que sejam regulamentáveis.

O local em que a segurança age é no *meio*, termo do qual Foucault se apropria da Física, entendido como o “suporte e o elemento de circulação de uma ação”²³ – ou seja, o ambiente que irá, ao mesmo tempo, criar e ser criado as/pelas relações de controle e governamentalidade, tornando possível a aplicação dos dispositivos de segurança. O meio provoca efeitos que atingem às massas de indivíduos que residem um mesmo local e compartilham de características e hábitos semelhantes, ou seja, a população²⁴.

Os efeitos do meio sob a população objetivam atingir a interferência entre as ações das populações e os acontecimentos que ocorrem em volta delas. Ou seja, pode-se afirmar que o meio liga os acontecimentos e as populações e, assim, permitem a circulação necessária à aplicação das técnicas de segurança, dos mecanismos de biopolítica e do exercício da governamentalidade. Tudo isso balanceado por uma racionalidade de economia geral do poder.

²² Idem, p. 26.

²³ Idem, p. 27.

²⁴ Idem.

A tática de segurança estudada aqui é o ponto nevrálgico do presente trabalho, porque é por essa compreensão que se pode visualizar a prisão como objeto importante na segurança, exercendo, por meio dela, circulação de poder – permitindo assim, a governabilidade dos indivíduos. Ora, a prisão, instituição caracteristicamente disciplinar, não perde sua função em razão das novas formas de economia de poder, em realidade, ela – como instituição estatal – com as mudanças sofridas pelo Estado, também compartilha dessas experiências e, não só, mas participa ativamente de tais mudanças.

Especificamente, trataremos, neste momento, do ciclo da delinquência. Foucault aponta que a prisão é a responsável pela produção da delinquência. A delinquência é um termo específico trabalhado por Foucault, pelo qual o filósofo descreveu o processo de objetivação do indivíduo criminoso através dos dispositivos de segurança ligados à justiça criminal, pelo qual se torna sujeito e, nessa subjetividade permite a produção de saberes e carrega elementos que o tornam objeto importante de circulação de efeitos no meio, permitindo o controle da população e exercício de governamentalidade.

Assim, o indivíduo criminoso é alvo específico de uma forma de governar própria da biopolítica e, transformado em *delinquente*, torna-se efeito de relações de poder sobre a sociedade. A prisão é ponto chave de produção da delinquência²⁵; ela é, em realidade, o primeiro contato institucional que o criminoso terá após sua introdução no sistema de justiça, será também o *locus* do exercício de poder e será a responsável por devolver ao meio esse indivíduo, *assujeitado*, que circulará pela sociedade espalhando efeitos. Foucault a descreve, nesse ciclo de delinquência, da seguinte forma: A instituição penal, com a prisão no seu centro, fabrica uma categoria de indivíduos que entram num circuito, junto com ela: a prisão não corrige; ela chama incessantemente os mesmos; ela constitui, pouco a pouco, uma população marginalizada, utilizada para fazer pressão sobre as “irregularidades” ou os “ilegalismos” que não se pode tolerar.²⁶

Ora, é na prisão que o indivíduo tem o corpo ao dispor do Estado e seus aparelhos. Esse jogo de poder, na qual o recluso está claramente em polo de desvantagem, é a construção do sujeito delinquente. Anabela Miranda afirma que a prisão provoca a perda da realidade social externa, como o convívio, as responsabilidades civis, entre outras questões perdidas dentro da instituição, causando o que ela denominou de *dessocialização*²⁷.

Ocorre que a prisão tanto aniquila efeitos da liberdade, quanto produz novos efeitos. A análise foucaultiana não ignora os fatores perdidos da vida em liberdade que a

²⁵ Conforme já foi exposto, o poder possui efeitos produtivos e, da mesma forma, a prisão como instituição das relações de poder.

²⁶ FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982 p. 43.

²⁷ MIRANDA, Anabela. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária.

prisão é causa, todavia, seu foco é no que essa instituição *produz* no indivíduo – que torna possível controle não só do preso, mas, em especial, da população externa.

O presente trabalho não pretende abordar detalhadamente os processos pelos quais o criminoso torna-se delinquente – *assujeitamento*, nem o que ocorre com ele psicologicamente, o que seria alvo de outro trabalho. O que se pretende aqui é analisar os efeitos centrífugos que esse assujeitamento do preso causa na sociedade.

Em síntese, o contato inicial do indivíduo com o sistema punitivo, no caso específico de análise do presente trabalho, a prisão, gera uma nova condição da vida. Tal condição possui características inerentes a si, tal como o isolamento social, o afastamento da ação, as relações violentas entre prisioneiros e funcionários, enfim, uma série de fatores que, combinados, geram o ambiente prisional que, em si, é capaz de produzir o sujeito delinquente.

Inicialmente, há um campo de produção de saber sobre o corpo do indivíduo, ou seja, a prisão é uma “instituição total” e permite acesso quase que irrestrito à pessoa submetida a ela; é nesse sentido que o preso torna-se um campo amostral de informações úteis acerca da população que ele representa²⁸. A introdução no sistema prisional gera fichas de perfis, uma construção biográfica, uma individualização como criminoso. Gera, portanto, uma nova história construída na escrita documental relacionada apenas aos aspectos delituosos, como se fosse uma “biografia do crime”²⁹.

Observar, nesse sentido, os índices atuais acerca dos presos no Brasil, ou seja, o perfil desses indivíduos, bem como a identificação do encarceramento em massa, gera uma importante constatação. Ora, o Brasil aprisiona, em sua maioria, atualmente, jovens homens, entre 18 a 29, de cor escura com pouca instrução escolar³⁰. Observa-se um padrão de repetição de características nos indivíduos aprisionados, há grupos dentro do sistema penal e isso permite a construção de domínio de saber sobre uma população.

Tomando como exemplo, a partir da visão *foucaultiana*, a gestão de negros – uma população em condição complexa no país – já que saiu de uma situação de escravidão para outra de submissões sucessivas na sociedade, pode ser identificada tendo por instrumento a prisão. Essa população não tinha um lugar bem definido após a libertação, mas passou a um *status* civil, como o restante da sociedade, precisava ser governada por táticas e meios novos. Com a quantidade de pessoas escuras aprisionadas, não é absurda a dedução inicial de que um dos tipos de governo da população negra ocorre através do círculo do crime³¹.

²⁸ A população de seu meio, tal como vizinhança, ou grupos de ação criminosa, família, enfim.

²⁹ FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a inconveniência de existir, p. 477.

³⁰ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro de 2014

³¹ Sobre a questão racial governada através do sistema penal, conferir, ainda: WAQUANT, Loic. Da escravidão ao encarceramento em massa.

Outra característica essencial desse processo de controle pela prisão é que ele opera de forma em que haja entrada e saída constantes dos indivíduos delinquentes no sistema prisional – e uma permanência na justiça criminal. O próprio aprisionamento permite isso, inclusive pelas formas de sentença que são aplicadas no Brasil: a pena mínima não costuma ser tão exagerada (na maioria dos crimes) e as regras de dosimetria não permitem, em geral, condenações muito altas. Além disso, o sistema progressivo permite que o indivíduo possa circular em liberdade com mais rapidez. A lógica operada é a criação de um ciclo: o da violência.

Assim, o criminoso é submetido a um período prisional com tempo certo para saída. Todavia, o ambiente propriamente violento do cárcere – as relações ali desenvolvidas, permitem um ingresso ainda mais intenso nas práticas criminosas que, somado aos fatores externos³², ocasionam o retorno às práticas criminosas – levando ao retorno à prisão e cada vez mais reintrodução no sistema penal. Desta forma, durante várias etapas da vida, o delinquente “entra e sai”, passando diversas vezes pelo sistema prisional, formando o ciclo da delinquência³³.

Nessas passagens, o delinquente não ficará preso durante a vida toda, e nem mesmo durante a maioria dela; ele ficará preso tempo suficiente para apreender as técnicas de vigilância, controle, para ter uma subjetividade construída, assumindo uma identidade perante si e perante a sociedade para, assim, reproduzi-las (gerar seus efeitos) do lado de fora³⁴.

Esses momentos de saída são importantes, é o contato com o meio e, portanto, a circulação das relações de poder. Por um lado, em contato com a população criminosa externa, o delinquente pode transferir as ilegalidades apreendidas na prisão para a comunidade com a qual se relaciona; esse processo é útil na medida em que são reproduzidas ilegalidades com as quais o governo já sabe lidar por já possuir os meios de tratamento, são as ilegalidades aceitáveis e dominadas³⁵. Ou seja, em uma economia geral do poder, torna-se mais útil manter o nível da delinquência aceitável que, de fato, tentar combatê-la.

A prisão age no delinquente causando também a transformação de sua imagem perante a sociedade. Os processos de assujeitamento projetam na sociedade um novo sujeito e o delinquente assume um papel negativo. Para Matthew Friberg a alocação do delinquente na prisão atua, primordialmente, nesta função. Após a passagem pelo sistema prisional, a instituição cria no imaginário social uma identidade de alguém

³² Fatores que dificultam a saída do meio criminoso para o indivíduo, tal como a falta de alocação no mercado de trabalho, dificuldade na construção de novas relações e construção de estigmas.

³³ FOUCAULT, Michel. *Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982*. Rio de Janeiro: Editora Zahar.

³⁴ *Idem*.

³⁵ É o que Foucault denomina de controle das ilegalidades. *Id. Idem*.

“anormal”, diferente – um “Outro”³⁶, o qual possui uma vida menos válida e, portanto, mais “matável”, tal que, como perigoso que é, exige uma atuação direta de destruição sobre o mesmo.

Isso gera um importante *afeto*³⁷ ao nível das relações, responsável por dirimir as contra-ações da sociedade, nas relações de poder, nas quais os indivíduos criminosos estão inseridos: o *medo*. Há, em torno da imagem do criminoso, após seu contato com a prisão, a personificação do mal, a qual impede que o cidadão livre, em seu contato com ele, exerça qualquer forma de identificação e aproximação (afetos comuns às pessoas nas relações intrassociais). Isso alimenta uma *paixão* punitiva, causada pelo medo que o delinquente impõe à sociedade e pelo ódio que essa alimenta em relação àquele³⁸.

O *medo* torna-se importante afeto a guiar as relações quanto à governabilidade do corpo social. Ele é o responsável por legitimar práticas que permitem a inserção no meio das técnicas de vigilância e controle. Foucault explica que é necessária a presença do delinquente solto e sempre “perigoso” circulando entre/nos meios para que a população, amedrontada, permita e aceite os níveis de interferência de segurança, tais como a presença ostensiva da polícia³⁹.

A questão é que esses aparelhos de segurança não visam tão somente a “proteger” a população contra o delinquente: em realidade, visa a estabelecer uma série de controles de governo sobre essa mesma população. O medo legitima, inclusive, as ações policiais que violam diariamente direitos fundamentais, como a vida⁴⁰, a intimidade e vida privada, a integridade, enfim, uma série de direitos⁴¹.

Ocorre que, como o Estado e seus aparelhos funcionam em relações, as supressões de direitos não ocorrem apenas aos delinquentes. Não há possibilidade de restringir apenas os direitos dos criminosos e isso deflagra uma violação geral de direitos humanos e garantias a toda a sociedade. Ou seja, as pessoas abrem mão de direitos por razões securitárias. O interessante nessa relação de medo e legitimação é o cruzamento de dois dados fornecidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2016: segundo o levantamento, 76% dos brasileiros têm medo de morrer assassinados, ou seja, parcela extremamente alta convive com uma espécie de “ameaça” à vida, e, paralelo a isso, 57% concordam com o jargão “*Bandido bom é bandido morto*”. De forma geral, depreende-

³⁶ Para Friberg é necessário que o delinquente seja visto como “an unnatural, useless, and dangerous existence [...]”. FRIBERG, Matthew. Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity. Arché, Volume 4.

³⁷ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: A ostentação do horror**.

³⁸ Idem

³⁹ FOUCAULT, Michel. Sobre a Prisão. In: _____ **Microfísica do Poder**, p. 137-138.

⁴⁰ O Brasil possui taxa de letalidade policial de 1,6 (mais alta que Honduras e África do Sul) enquanto que ocorreram, em 2015, 25,7 por 100 mil habitantes homicídios dolosos pela Polícia Militar. Anuário brasileiro de segurança pública.

⁴¹ ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas, p. 112-118.

se que mais da metade da população legitima a morte de criminosos, e metade entende que a PM (tida como uma das polícias mais violentas do Mundo) é eficiente em garantir a segurança da população⁴².

Nessa esteira, a polícia também é parte fundamental para esse funcionamento. Ela é a responsável por introduzir o delinquente (e, inclusive, catalogar quem entra) no sistema penal, e, posteriormente quando ele sair, exercer a vigilância por rondas contínuas na sociedade, e, novamente, reintroduzi-lo no sistema prisional a fim dar continuidade ao ciclo⁴³. Tal mecanismo pode ser reduzido ao seguinte esquema: “A vigilância policial fornece à prisão os infratores que esta transforma em delinquentes, alvo e auxiliares dos controles policiais que regularmente mandam alguns deles de volta à prisão” ⁴⁴.

Dessa forma, a polícia alimenta, realimenta e mantém o sistema prisional, e, portanto, é crucial para criação e manutenção da delinquência, e, igualmente, para a governabilidade, pois age como uma das peças de vigilância constante.

No contexto atual, todavia, seria absurdo imaginar que apenas a polícia é a grande responsável por isso. Em que pese exercer um papel ainda primordial no contato direto e indireto com o delinquente, em termos de vigilância, é notável que vários mecanismos de controle foram desenvolvidos e aprimorados por técnicas sofisticadas, de forma que as políticas de segurança pública atuam cada vez mais com o uso de novas tecnologias, tais como câmeras, aplicativos de telefones, bancos de dados, perfis, etc.⁴⁵.

Tais técnicas operam-se levando em consideração o mesmo ciclo explicado acima. Legitimadas pelo medo, elas adentram à sociedade e tomam conta da vida privada. Os bancos de dados acerca dos “*sex offenders*” criados nos Estados Unidos, por exemplo, são uma boa amostra de como a “demonização”⁴⁶ da imagem do delinquente – construção da identidade do inimigo passou a ser feita por outras técnicas (que não só a prisão) e se amoldam perfeitamente ao esquema securitário.

Importante ressalva no presente estudo é o fato de que o delinquente, como sujeito, é uma figura construída historicamente em razão da conveniência política do momento⁴⁷. Dessa forma, não há uma “fórmula” para identificar quem seriam os delinquentes, sem uma análise do tipo de função que ele vem cumprindo politicamente

⁴² ANBSP, 2016.

⁴³ FOCAULT, Michel.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Editora Vozes. Petrópolis, 2013, p 163.

⁴⁵ FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a Inconveniência de Existir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁴⁶ Um ponto interessante é que, na realidade, a maior parte dos criminosos não são monstruosos, com grande técnica de perversidades, apesar de serem os casos mais ventilados na mídia como forma de amedrontamento, pois, em sua maioria os delinquentes cometem crimes contra o patrimônio e tráfico, conforme os dados do INFOPEN já apresentados no capítulo I.

⁴⁷ FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a inconveniência de existir.

no meio. Assim, não é correta a atribuição da delinquência aos criminosos envolvidos com algum tipo específico de crime por si só (roubo, furto, tráfico, etc.); é preciso verificar como as taxas de encarceramento e criminais variam, a rotatividade dos tipos de criminosos, dentre outros dados, bem como identificar as funções descritas acima.

Outro importante fator a ser considerado é que nem todo preso é necessariamente delinquente e participa dos processos abordados aqui. É certo que Foucault identificou a delinquência no sistema criminal como o resultado mais forte dela, o ciclo da delinquência como técnica de exercício de governamentalidade. Todavia, não se pode olvidar que ele também não desconsiderava a existência de outros tipos de encarcerados – assim, nem todos os presos exercem esse tipo de função de controle e governabilidade⁴⁸, o que é uma reflexão a ser ponderada tanto no nível de análise da delinquência, a fim de não incorrer em erros de generalização, quanto a se pensar em outras possíveis funções às outras formas de presos, como o preso de “colarinho branco”, os presos “monstruosos”, etc.

Finalmente, a reflexão que vem à tona é como o ciclo da delinquência legitima práticas cotidianas de controle social e como as técnicas securitárias vêm se tornando cada vez mais presente no cotidiano através do discurso do medo. Vagarosamente, as relações de poder entrelaçam-se à sociedade sem que sejam percebidas e, assim, vão tomando o espaço das relações humanas e as tornando cada vez mais controladas. As identidades interpessoais são perdidas e substituídas por medo e ódio. Ademais, o preço do ciclo da delinquência é alto: um alto número de aprisionados em condições sub-humanas utilizados como meio de exercício de política.

3. Um caso de “sucesso”: A guerra contra as drogas e a governabilidade pelo encarceramento.

O sociólogo Loic Wacquant identificou, nos Estados Unidos, um alvo específico de ação do sistema penal, como forma de gerir as relações políticas, eram *sex offenders* – criminosos sexuais, os quais estariam desempenhando funções parecidas com as identificadas por Foucault em relação ao delinquente⁴⁹. Ou seja, era responsável por causar medo em uma dada população, sob o prisma de *inimigos*, legitimando as práticas de intervenção de vigilância e controle.

Gerir a sociedade através do crime e seus ciclos é uma prática governamental forte nos Estados contemporâneos, os quais ainda utilizam da disciplina, mecanismos de biopoder e táticas de segurança (simultaneamente) nas relações políticas de poder para controle das populações. Nesse sentido, é possível identificar exemplos pelos quais a justiça criminal, atuando, em especial, pela prisão e seus dispositivos securitários, age

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. Sobre a Prisão. In: FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder, p. 137

⁴⁹ WACQUANT, Loic. Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.

voltada à governamentalidade. O terrorismo, por exemplo, é um importante alvo de teorias sobre o assunto, todavia, destacaremos aqui, um crime usado para controle e governabilidade não só no Brasil, mas em todo o mundo: o tráfico de entorpecentes.

Nos Estados Unidos, por exemplo, enquanto tática de mudança na política criminal para impor mais arrocho às penas, verificou-se um crescimento abrupto da legislação referente às drogas. Condutas que até então não eram criminalizadas, passaram a ser punidas com penas altas, incluindo aí o transporte de substâncias⁵⁰. Os Estados Unidos iniciaram uma campanha de aniquilação às substâncias psicoativas, seu uso e comércio. Essa postura punitiva, posteriormente, espalhou-se para outros países, até alcançar a América Latina e, finalmente, o Brasil⁵¹.

Para tanto, foi necessária a construção de um grande discurso sanitarista e médico em relação às drogas, a partir de tal mudança de política, de forma que possibilitasse uma mudança de postura social em relação a algo que, até então, não causava grandes perturbações sociais ou era visto como “normal da vida cotidiana”. Assim, na década de 1970, estabelece-se um modelo jurídico-médico responsável por classificar usuário e traficante, atribuindo a esse último todos os males sociais, uma figura de grande inimigo, enquanto que para usuário haveria, ainda, uma política de repressão mais leve⁵².

Houve, também, uma grande construção no discurso de ordem moral, ou seja, igualmente, passaram a ser vistas como algo reprovável em si: um mal. Em que pese o usuário ter sido jogado para o campo médico, ainda assim, as substâncias, por si só, foram tidas como malignas, ou seja, deveriam ser combatidas. Nesse contexto, os autores pesquisadores da área, não exageradamente, cunharam a expressão *guerra às drogas* para definir o tipo de política que se iniciou nos Estados Unidos e avançou para os demais países, tomando proporções internacionais enquanto política criminal⁵³.

Interessante destacar que a classificação “usuário e traficante” utilizada nos Estados Unidos não teve tanto sucesso no Brasil. Aqui havia outra realidade econômica, dificultando o tratamento médico-assistencial dos usuários. Portanto, a guerra às drogas, no Brasil, já nasceu causando grande impacto, tanto em usuários, quanto em traficantes⁵⁴.

Isso tudo contribuiu para criar no imaginário social um grande temor e terror no que diz respeito às substâncias entorpecentes. As drogas, nos dias atuais, tornaram-se

⁵⁰ MAUER, Marc. The Causes and consequences of prison growth in the United States. In: DAVID GARLAND (Org.). *Mass Imprisonment*. New Delhi: SAGE PUBLICATIONS, 2001, pp. 4-14.

⁵¹ ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*.

⁵² ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*, p. 88.

⁵³ ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*.

⁵⁴ Idem

um grande “perigo social” a ser combatido, cercado por tabus e crenças sociais, sem nenhuma base ou amparo científico.

A figura do traficante, especificamente, ganhou um contorno próprio. Uma atividade que – tida por si só seria meramente comercial e não representaria violência – tornou-se alvo de constantes construções dos discursos midiáticos, policiais e jurídicos. Como descreve Orlando Zaccone, o traficante, segundo imaginário social, seria:

Um homem ou mulher sem nenhum limite moral, que ganha a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça alheia, que age de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado, aos quais a prisão é destinada como metáfora da jaula.⁵⁵

Ocorre que, esse imaginário criado – esse sujeito perigoso – em realidade, desconsidera características da vida humana, que se tornam ignorados em razão da imagem “traficante”, tendo sua biografia constituída apenas com base nos atos criminosos cometidos. O imaginário social em torno traficante do desconstrói os aspectos “normais” à vida, o (re)define como figura monstruosa que deve ser.

Assim legitima-se a guerra às drogas. Esse “fenômeno” alavancou uma série de atos violentos envolvendo a polícia e os traficantes que, posteriormente, passaram a se organizar em grupos criminosos, que vem, desde seu início, crescendo e envolvendo mais mortes que o próprio consumo das substâncias poderia causar⁵⁶.

Levando-se em consideração os efeitos da guerra às drogas no Encarceramento em Massa, por exemplo, atualmente, 28% das pessoas encarceradas são ligadas à Lei de Drogas⁵⁷. É mais de ¼ de população encarcerada praticamente por uma mesma razão. Boa parte dessas pessoas não possuem características violentas ou antissociais, mas, ainda assim, encontram-se no sistema penal⁵⁸. A população feminina encarcerada também possui grande representatividade na Lei de Drogas, pois 64%⁵⁹ delas estão detidas por esse tipo de crime.

No estado de Rondônia, por exemplo, estado que se destacou no último relatório INFOPEN por possuir a maior taxa de pessoas no sistema prisional por 100 mil habitantes (3,3 vezes a quantidade da taxa nacional), o aparente impacto que a Lei de Drogas promulgada em 2006 causou é flagrante⁶⁰. No estado, acompanhando as mudanças de 2005 a 2010, tem-se o seguinte quadro: proporção do total encarcerado por tráfico de drogas para a população carcerária geral era de 21%, em 2007 foi para 24%,

⁵⁵ Idem. p. 118.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ INFOPEN, dez. 2014.

⁵⁸ ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas.

⁵⁹ INFOPEN, Dez. 2014.

⁶⁰ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro de 2014

em 2008 já saltou para 32%, em 2009 teve uma leve caída para 29% e em 2010 foi para 31%⁶¹. Percebe-se que o número de presos em razão de tráfico de drogas, em especial após 2008 em que se levou em conta a Lei 11.343/06, possui lugar primordial na proporção da quantidade de pessoas encarceradas. Houve um significativo aumento após o uso da “Lei de Drogas”, essa, já fruto da chamada Guerra às Drogas e resultado dos meios securitários de política.

Essa “guerra” legitima a entrada de mais de um quarto da população prisional, sua manutenção e realimentação cíclica. Ela também permite mortes diárias (por vezes de inocentes, inclusive) de pessoas em confronto com a polícia e ainda legitima a ação violenta dessa última. Por meio dela também o controle de parte de territórios é exercida (cite-se as favelas no estado do Rio de Janeiro, por exemplo), bem como a governança da população de tais territórios.

O caso da guerra às drogas mostra a forma como legitimação ao poder punitivo permite o exercício do governo dos jovens de baixa renda, das mulheres envolvidas em relações familiares com criminosos, daqueles que não alcançaram níveis de educação que permitem uma boa colocação no mercado de trabalho ou uma vida de consumo “normal”.

Finalmente, a “Guerra às Drogas” é uma amostra do governo das populações, através da prisão. É um exemplo prático de como os meios de controle são exercidos no nosso cotidiano através das técnicas securitárias – como a criminalidade gere a política e vice-versa. A biopolítica ensinada por Foucault, que muitos deram como morta, ainda presente no dia-a-dia aperfeiçoada e exercendo seus efeitos de governabilidade com os aparatos modernos de vigilância e segurança.

Conclusão

Meu objetivo, no presente trabalho, foi partir dos estudos sobre as técnicas de governo feitos Michel Foucault e compreender essa evolução histórica e social. Posteriormente, organizar conceitos políticos, como disciplina, biopolítica e segurança e demonstrar como tais conceitos se entrelaçam e formam uma única teoria – um *projeto foucaultiano*, bem como explicar de que forma tal projeto persiste vivo até os dias atuais.

Nessa esteira, introduzi a ideia de disciplina como forma de governar apresentada por Foucault em “Vigiar e Punir” a fim de explicar como se deu o início de uma grande mudança de exercício de poder na sociedade. As disciplinas introduziram o grande aparato que viria posteriormente da biopolítica e dos meios de controles securitários.

Com o ingresso das disciplinas e a abertura das instituições disciplinares o governo passa a apreender a vida como indivíduo e ter acesso ao corpo. Nesse contexto

⁶¹ Os dados de 2006 e 2007 ainda referiam-se à Lei 6.638. GESPEN – Gerência Geral do Sistema Penitenciário de Rondônia – dezembro (2006 a 20010).

também se faz necessário o uso da *norma* e os processos de normalização, responsável por “catalogar” os indivíduos.

Posteriormente, introduzi o conceito de biopolítica, ou seja, apreensão da vida humana em seus aspectos biológicos pelo Estado nas relações de poder. A necessidade de tal método decorreu do crescimento das tarefas do Estado e do aumento populacional, fazendo com que os mecanismos de controle deixassem os muros das instituições. Isso não ocasionou a extinção das instituições, mas fez com que elas não fossem mais o único centro irradiante de disciplinamento. O objetivo não era mais disciplinar apenas parte da população, mas sim governar as populações – ou grupos de indivíduos reunidos que se identificavam. Assim, há uma relação entre disciplina e biopolítica jamais abandonada por Foucault; ao contrário, ele a usou na elaboração da ideia de governabilidade.

Portanto, demonstrei como o foco das relações políticas passam do indivíduo à sociedade. Assim, propus demonstrar como a biopolítica, as disciplinas e o plano de governabilidade relacionam-se entre si. Posteriormente, nesse sentido, introduzi a ideia de Foucault sobre como o exercício de governo evolui para um “modelo” chamado securitário e como dele as técnicas foram aperfeiçoadas para formar uma grande rede de controle e política através do ciclo da criminalidade, ou melhor, ciclo da delinquência.

Para explicar a existência de uma relação entre o que ocorre dentro das prisões com aquilo que permite o governo dócil das massas, utilizei o termo delinquência e o ciclo que ela constrói, explicando seu processo de produção e os efeitos que ela gera na sociedade. A construção da delinquência é útil para gerir a sociedade pelos efeitos que gera na população “livre”: controlar a opinião pública pelo medo, monitorar fatias da população (encarceramento de jovens negros, mulheres pobres, imigrantes, etc.).

Como a prisão funciona de forma dinâmica, esse “entra-e-sai” da cadeia modula o comportamento das pessoas, interfere em suas vidas, faz o que Foucault define como primordial: circula no meio os dispositivos de segurança, permitindo, assim, a produção comportamentos úteis, seja para a obediência, em casos como o aumento do encarceramento para crimes pequenos, forçando as pessoas ao respeito à norma pelo medo; seja para a desobediência, quando é útil induzir o crime a se organizar, por meio do encarceramento massivo de indivíduos que não deveriam estar presos.

Nesse último caso, os efeitos do discurso do medo sobre a população, por causa de figuras quase míticas, como traficante, e a guerra às drogas, induz a opinião pública a abrir mão de direitos fundamentais. Esse tipo de mecanismo coloca o sujeito de direitos contra seus próprios direitos e talvez esse seja, no Brasil atual, o maior efeito centrífugo das prisões. Não há população mais facilmente governável do que aquela que abre mãos de seus próprios direitos.

Dessa forma, como demonstrado, a prisão é um mecanismo criado por necessidades de manutenção de relações de poder e governabilidade. Por esses motivos, ela se estabeleceu como punição por excelência e não pelos objetivos reformistas que apresentou como justificativa de existência ao longo do tempo. Nessa perspectiva, de recuperação dos indivíduos, há um claro fracasso, em razão da não efetivação da

contenção da criminalidade. Todavia, pela análise de seus efeitos na governamentalidade, pude perceber um grande sucesso em tal desempenho. Justamente por ter sido tão bem-sucedida, ela tem sido mantida até os dias atuais com tanta força e intensidade – em especial na atual era (encarceramento em massa).

Ocorre que tal sistema criminal, com foco na prisão, gerou impactos sociais que redundam em uma verdadeira *cultura da punição*⁶², dando azo à formação de uma população histérica e amedrontada, que ostenta o horror. Como exposto, a população vive com sentimento de medo e, ao mesmo tempo, parte dela concorda com a morte de criminosos, por razões de segurança.

Além disso, o sistema prisional tem sido o responsável por uma gama de violação a direitos humanos, seja pelas condições precárias dos presídios brasileiros – sejam submetidos pelas equipes de segurança e direção, seja pelos próprios desentendimentos que os aprisionados possuem uns com os outros, gerando violências horizontais.

Assim, em que pese Foucault não ter deixado “fórmulas” de como resolver os problemas identificados por ele, sua crítica altamente forte e perspicaz, capaz de desvendar uma série de “mitos” envoltos da prisão, proporcionou um caminho a ser trilhado por outros pensadores, que, após ele, puderam desenvolver outras possibilidades para lidar com a justiça, em especial a justiça criminal.

Assim, mais do que pensar em melhorias, reformas, planos para esse sistema, se faz urgente pensar em uma própria superação, reamoldamento, reinvenção das formas de lidar com a criminalidade ou com os “conflitos”, como assim denominam os teóricos da justiça restaurativa – um importante mecanismo e instrumento apto a apontar para uma perspectiva de superação futura da pena de prisão.

Dado seu surgimento, em meados da década de 70, a justiça restaurativa é fruto do abandono, por parte dos teóricos, do modelo punitivista, os quais se denominaram “abolicionistas penais”, por entenderem incabível a construção de qualquer coisa em cima desse mesmo sistema que, por um lado faliu e, por outro, triunfou. Além disso, ele *assujeitou* os indivíduos, tirando suas características mais humanas. Assim, pensou-se em uma nova técnica de administração dos conflitos, na qual as pessoas fossem as protagonistas do processo e esse possibilitasse um encontro entre essas pessoas⁶³.

Nessa perspectiva, o abolicionismo penal sai de uma perspectiva meramente teórico-utópica, apresentando-se como proposta pragmática e com metodologia própria para efetivar um novo mecanismo. Assim, surge a ideia de trazer as partes envolvidas no conflito para, coletivamente, lidar com as consequências e causas, buscando, através do encontro, restaurar os afetos e relações socialmente quebrados. Há, nessa abordagem, o

⁶² ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: A ostentação do horror**.

⁶³ ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**.

envolvimento de vítima, ofensor, familiares, comunidade, ou seja, de fato, todos os membros envolvidos no conflito criminal e não apenas terceiros externos alheios ao caso em forma de Estado-juiz ou promotoria⁶⁴.

É importante ressaltar que os métodos restaurativos não visam a afastar a responsabilidade da prática de seu autor. Ao contrário, visa a trazer essa responsabilidade para o introspectivo do indivíduo, fazendo com que ele lide com os transtornos que possa ter causado a terceiros e, com essa aproximação, compreender melhor a relação que desenvolve com a sociedade (senso esse muitas vezes perdido no meio da delinquência e na justiça criminal)⁶⁵.

A justiça restaurativa propõe o desenvolvimento de afetos contrários aos desenvolvidos no sistema criminal atual (prisão e de seus mecanismos). Vê-se justamente a tentativa de aproximar o indivíduo da sociedade, bem como de si mesmo, ajudando-o a construir um senso de autocrítica e autoconhecimento através da dialética histórica, o que se aproxima muito do conceito de liberdade em Foucault⁶⁶.

Assim, fomentam-se socialmente afetos mais voltados ao reconhecimento do outro que ao ódio e medo. A visão de inimigo e delinquente não são necessárias ou próprias a esse mecanismo. O resultado final não seria a retroalimentação de um sistema de governo por meio do crime com a produção de sentenças judiciais e penas de prisão, mas sim de ações conjuntas que visassem à reparação dos danos, palavra que passa a ter diferentes significados em tal perspectiva⁶⁷.

A justiça restaurativa é justamente uma aposta na perspectiva de possível superação da prisão, porque abre mão de suas fórmulas. É, de fato, uma reformulação do sistema, uma tentativa de romper o ciclo da delinquência, que se afasta do que ocorreu com algumas tentativas que, utilizando-se da mesma lógica *panóptica* de controle e governabilidade através da delinquência. Foi o que ocorreu com os juizados especiais criminais ou as penas alternativas, as quais apenas alargaram a rede penal, em nada diminuindo os índices de aprisionamento⁶⁸.

O grande desafio, como já identificado nas análises de Foucault, é abrir mão de um sistema que funciona de forma tão utilitária para a manutenção das relações de poder, controle e governabilidade. Todavia, a justiça restaurativa não ignora as relações de poder, apenas alarga a rede de quem participa dela e iguala um pouco mais os polos

⁶⁴ ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**.

⁶⁵ ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**.

⁶⁶ FRIBERG, Matthew. Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity.

⁶⁷ ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**.

⁶⁸ ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: A ostentação do horror**.

da relação. Isso melhora as condições daqueles submetidos a relações de pressões e *assujeitados* – que perdem o senso de subjetivismo, e acabam submersos em controle, sem um campo mínimo de liberdade e autodeterminação.

Ao mesmo tempo, nas próprias análises de Foucault, não se verifica que a ampliação do campo de relações de poder – uso de outro mecanismo que ainda incorresse em governo e controle – seria necessariamente “algo ruim”. Dessa forma, ao se pensar em justiça restaurativa, não se abandona o processo nem se mitiga o direito, como muitos podem imaginar. Na verdade, está-se a pensar em um novo modelo, que pressupõe relações de poder, bem como ainda a existência de controle e governo⁶⁹, com mecanismos menos danosos à humanidade do indivíduo e da sociedade.

Referências

- ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 3, 2012, Porto Aelgre/RS. Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.
- AMARAL, Augusto Jobim do; ROSA, Alexandre Moraes da. Cultura da Punição: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2007.
- BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, Parte Geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.
- BRASIL, Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.
- DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.
- DOSSE, François. História do Estruturalismo Volume II. Editora Ensaio. São Paulo, 1994.

⁶⁹ Já que em Foucault não há uma perspectiva “anarquista” de fuga do poder. Ou seja, ele pressupõe as liberdades dentro de uma esfera de ação possível dentro do “sistema” ao qual o indivíduo se liga.

- DINIZ, Debora. CADEIA – Relato Sobre Mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário brasileiro de segurança pública. São Paulo, 2015. Anual.
- FOUCAULT, Michel. História da sexualidade 1: A vontade de Saber. Ed. Graal – Rio de Janeiro, 1999.
- FOUCAULT, Michael. Os Anormais. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FOUCAULT, Michel. Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982. Rio de Janeiro: Editora Zahar.
- FOUCAULT, Michel (2015). O poder e a política de Michel Foucault. Tradução de André Degenszjn. Revista Eopolítica, São Paulo, n. 12, mai-ago, PP. 93-107.
- FOUCAULT, Michel. Sobre a prisão. In: FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 2012. cap. VIII, p. 129-143.
- FOUCAULT, Michel. Poder – Corpo. In: FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 2012. cap. IX, p. 145-152.
- FOUCAULT, Michel. A Governamentalidade. In: Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FOUCAULT, Michel. Genealogia e Poder. In: Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FOUCAULT, Michel. A Verdade e as Formas Jurídicas. NAU Editora. Rio de Janeiro, 2013.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Editora Vozes. Petrópolis, 2013.
- FOUCAULT, Michel, Em defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. Segurança, Território e População: Curso dado no College de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FRANÇA, Leandro Ayres. Inimigo ou a Inconveniência de Existir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FRIBERG, Matthew. Foucault, Freedom, and the Limits of Modernity. Arché, Volume 4, Issue 1: Spring 2010.
- GARLAND, David. Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences. Sage Publications. New Delhi, 2001.
- KIRCHHEIMER, Otto. RUSCHE, Georg. Punição e Estrutura Social. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

- KATHERINE, Beckett; WESTERN, Bruce. Governing Social Marginality – Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. In: DAVID GARLAND (Org.). Mass Imprisonment. New Delhi: SAGE PUBLICATIONS, 2001.p 35 – 49.
- MAUER, Marc. The Causes and consequences of prison growth in the United States. In: DAVID GARLAND (Org.). Mass Imprisonment. New Delhi: SAGE PUBLICATIONS, 2001, pp. 4-14.
- MIRANDA, Anabela. Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001.
- RESENDE, Haroldo de. A prisão segundo Michel Foucault. In: Tereza Cristina B. Calomeni. (Org.). Michel Foucault:entre o murmúrio e a palavra. Campos: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2004, v., p. 79-100.
- REVEL, Judith. Dicionário Foucault. Ed. Forense Universitária. Rio de Janeiro, 2011.
- SIMON, Jonathan. Punição e as tecnologias políticas do corpo. Porto Alegre: Sistema e Violência Penal, 2013.
- VEYNE, Paul. Foucault – Seu Pensamento, sua pessoa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- WACQUANT, Loïc. Da escravidão ao encarceramento em massa: repensando a 'questão racial' nos Estados Unidos. In:Contragolpes — seleção de artigos da New Left Review. São Paulo: Boitempo, 2006.
- ZACCONE, Orlando. Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011

MIGRAÇÃO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOB A PERSPECTIVA DE UMA CIDADE NA FLORESTA AMAZÔNICA

INTERNATIONAL MIGRATION AND HUMAN RIGHTS: A LEGAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF A CITY IN THE AMAZON FOREST

Arlen José Silva de Souza¹

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Juan Irineu Silva Belline Kasprovicz²

Fundação Universidade Federal de Rondônia

Sumário: 1. Introdução; 2. Discussão e apresentação dos resultados.; a) Visão Panorâmica do Tema; b) A migração e suas variações conceituais; c) Perspectiva jurídica: uma revisão e delimitação dos marcos referenciais; d) As políticas públicas migratórias e os direitos humanos; e) As políticas públicas brasileiras de migrações de haitianos para o Brasil; f) A proposta jurídica do momento; 3. Conclusão; Referências

1. Introdução

Conceber o Direito Internacional como um sistema independente e autônomo, livre da atuação de forças internas e/ou externas, seria adotar uma postura substancialmente equivocada frente aos efeitos da eficácia irradiante das normas *jus cogens* nas diversas comunidades, que flutuam nessa perspectiva de uma intensa globalização vivenciada na atualidade, razão pela qual o caráter dinâmico assumido pelo Direito torna-se um prescindível para o acompanhamento das demandas que surgem nos diversos momentos históricos.

De um modo geral, esse processo é desencadeado de acordo com as necessidade que emergem dos fenômenos sociais presentes nos diferentes contextos político, econômico e histórico, como no caso do Estado Brasileiro que vivenciou ondas migratórias ainda no período de sua colonização, conforme o entendimento posto em diversos estudos dentro do tema, de modo que é de fundamental relevância a compreensão das diversas variáveis que perpassam a temática a ser enfrentada.

Para tanto, refletir sobre o termo da migração demonstra ser uma conduta importante quando consideramos a necessidade de exploração do tema, ainda que seja como ponto de partida para a construção de uma nova perspectiva acerca do status jurídico assumido pelo migrante no plano internacional, bem como no Brasil, e a possível

¹ Doutorando em Ciências Políticas pela UFRGS e Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

² Graduando do curso de Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia.

criação de referenciais para a elaboração de políticas públicas capazes de garantir a concretização dos Direitos Humanos.

Posteriormente, a definição de alguns marcos referenciais, sejam principiológico, organizacional, legal ou ideológico, permitem uma movimentação no sentido da construção de uma identidade própria delineada ao longo dos anos enquanto base sólida para o assessoramento dos princípios e valores defendidos, primeiramente, no plano internacional e, num segundo momento, no ordenamento jurídico interno de cada Estado que compõem o plano internacional do Direito.

Necessário se faz, portanto, a adoção de uma postura crítica e humanitária frente as iniciativas adotadas pelos diversos segmentos, Estado e organizações, com vistas a síntese de um entendimento que possa refletir a realidade do migrante, identificando suas fragilidades e propondo estratégias de alteração do status quo identificado no momento, vez que grande é o número de violações sofridas todos dias nas localidades que receberam e recebem essas populações.

2. Discussão e apresentação dos resultados.

a) Visão Panorâmica do Tema

A migração internacional e suas derivações terminológicas, como os refugiados, exercem influência nos contextos sociais, políticos e econômicos daquelas comunidades receptoras, alterando a conformação da estrutura estatal e social com vistas ao atendimento de uma necessidade que surge exatamente em virtude deste fenômeno que apresenta causas variáveis, algumas predominantes, consequências importantes e reflexões necessárias, ensejando o esforço por estudiosos e pensadores no sentido de elaborar entendimentos que possam dar significado a esse fato social.

Nessa perspectiva, também é notório o desenvolvimento das normas jurídicas nas comunidades ao longo dos anos com a finalidade de harmonização da relação estabelecida entre determinada sociedade e as normas que as regulamenta, exigindo um dinamismo intenso do Direito para que este esteja mais próximo dos fatos sociais, vez que a existência de pretenso descompasso poderia ensejar incômodo nas estruturas internas e externas dessa mesma sociedade, mormente em razão da globalização dessas relações e atuação do Direito Internacional no estabelecimento de diretrizes básicas norteadoras.

Portanto, a análise aqui desenvolvida não tem a pretensão de esgotamento do tema por duas razões importantes. A primeira delas repousa no entendimento de que esse trabalho objetiva tão somente a ampliação do escopo das tentativas de compreensão da temática em comento, por meio de um exercício de reflexão sobre a evolução do status jurídico do migrante hodiernamente, bem como estimular a comunidade acadêmica e científica a constantemente revisitar tais concepções ante ao movimento de ressignificações desencadeado pela atuação dos Direitos Humanos na defesa e proteção

do indivíduo em todas as perspectivas. Consequentemente, vislumbra-se a possibilidade de caminhar por novas direções dentro do conhecimento acadêmico, e também de elaboração de políticas públicas que possam atender a real necessidade da população.

O segundo motivo adentra uma perspectiva panorâmica do conteúdo da migração internacional, vez que inúmeros são os trabalhos produzidos pelos mais diversos estudiosos, em vários momentos históricos, de modo que o presente ensaio não teria condições de abarcar a gama de variáveis que surgem quando do enfrentamento do tema, razão pela qual houve a tentativa de dar enfoque a percepção jurídica dos fatos, por parte de pesquisadores que residem no Estado de Rondônia, região que abriga parte da floresta amazônica e que vive a realidade da migração haitiana decorrente da rota adotada para a entrada no Brasil.

Todavia, adentrar o tema sem a devida abordagem contextual e conceitual, ainda que de forma sucinta, seria assumir uma (i)responsabilidade sem precedentes, pois tratar da migração ocorrida nesta região norte prescinde de conhecimentos desenvolvidos ao longo dos anos, no âmbito internacional principalmente, que influenciaram o Brasil a adotar determinados valores e princípios, a maioria deles consagrados na Constituição Federal de 1988. E após essa análise geral dos fatos, e considerando que pelo princípio federativo adotado pelo Brasil, o Estado de Rondônia se submete a legislação federal, bem como aos tratados internacionais ratificados pelo país, proceder-se-á com comentários sobre o reflexo dos fatos neste Estado brasileiro.

Mesmo que a investigação central do trabalho esteja direcionada para uma análise jurídica da migração internacional sob a ótica de um espaço geográfico que vive a realidade dessa migração, com a peculiaridade de estar na região amazônica, tem-se ainda como objetivo a criação de um referencial ideológico para a construção de uma política sólida para as migrações no Brasil, com a elaboração de políticas públicas que possam efetivamente proteger os direitos humanos dos migrantes, direitos esses reivindicados por sujeitos que encontram óbice no conceito de soberania estatal adotado por alguns países.

E essa pretensa inteligência se firma quando considera-se o fato de que utilizar o critério de nacionalidade, opinião política, religião, ou qualquer outro dentro dessa perspectiva, sob o manto de um conceito confeccionado de soberania, para determinar a necessidade de conferir proteção internacional a um indivíduo fragilizado pelos mais diversos motivos que busca a esperança de dias melhores é, antes de mais nada, assumir uma postura de violação aos direitos humanos estabelecidos pelo Direito Internacional.

b) A migração e suas variações conceituais

O Direito Internacional da atualidade flutua na perspectiva de diversas temáticas relevantes para o desenvolvimento da comunidade, seja ela nacional ou internacional, de modo que se apresenta como meio teórico e prático para a elaboração de estratégias com vistas a solução de alguns problemas decorrentes de fenômenos sociais importantes, a exemplo da migração internacional.

Para que seja possível a compreensão efetiva do tema da migração, nada mais sensato do que ter como ponto de partida o conceito do fenômeno, bem como a identificação das causas mais prevaletentes que levam ocorrência deste.

Nesse sentido, o termo migração é utilizado para identificar de modo genérico toda e qualquer movimentação populacional de um Estado para o outro, ou mesmo entre países. Pressupõe, pois, o deslocamento geográfico de um indivíduo ou grupo de pessoas independentemente das causas para tal, de modo que, de acordo com o contexto em análise, diversas outras terminologias surgem com características específicas para determinar o conceito a que se pretende.

A despeito do assunto, A Organização Internacional para as Migrações (OIM)³, com sede em Genebra, traz no Glossário sobre Migração (2009) o conceito nos seguintes termos:

Processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes económicos (OIM, 2009).

Desse conceito amplo e genérico de “migração” decorrem diversas outras expressões utilizadas largamente pela comunidade internacional durante os estudos sobre os processos migratórios, sendo pertinente trazer a baila o termo “refugiado”, aqui adotado com base na Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, conforme consta no Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado (2011) cuja redação do §1º do Estatuto diz

§1. Para os fins da presente Convenção, o termo "refugiado" se aplicará a qualquer pessoa:

[...]

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo 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, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ACNUR, 2011)

A utilização do termo refugiado dentro do contexto da migração é substancialmente relevante quando consideramos o fato daquele ser o pressuposto de análise deste. Entende-se, pois, que tratar do processo migratório prescinde da

³ A OIM constitui-se como a principal organização intergovernamental mundial criada em 1951 que atua na promoção de uma migração humana e ordenada para o benefício de todos, fornecendo assistência e assessoramento a governo e migrantes. Atua, pois, juntamente com as demais organizações, sociedade civil e governos frente aos desafios da migração. Conta atualmente (2017) com 166 Estados-membros, 8 Estados observadores, 401 escritórios e aproximadamente 9 mil funcionários.

compreensão daquele que dá vida ao fenômeno. Não que o refugiado seja o objeto único do processo, pelo contrário, como citado anteriormente, a multiplicidade de nomenclatura derivada do termo principal decorre das variáveis fenomênicas que surgem na migração. Ao lado deste, pontua-se outras terminologias importantes da migração, como os “deslocados ambientais”, “beneficiário derivado”, “candidato rejeitado”, “estrangeiro”, “deportado”, “extraditado”, “reintegrado”, “pessoa desenraizada”, dentre outros.

Internamente, o Estado brasileiro, na qualidade de signatário da Convenção de 1951, passa a definir os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados por meio da Lei Nº 9.474, de 22 de Julho de 1997, iniciando o dispositivo com a exposição de alguns aspectos caracterizadores, a exemplo do próprio conceito do termo disposto no art. 1º da Seção I, senão vejamos:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Não podemos olvidar que o fenômeno da migração traz consigo uma multiplicidade de panoramas que impactam, direta ou indiretamente, a sociedade que vivenciou a saída daquele indivíduo, bem como aquela outra comunidade que o recebe dentro de sua estrutura própria, principalmente. E os perfis que estão no fronte dessas inevitáveis transformações são: o cultural, o econômico, social, político e o religioso.

Por conta disso, alguns autores concebem a migração através de uma percepção negativa, principalmente os mais antigos, que perpassa um juízo de valor atribuído a este fenômeno presente em diversos momentos históricos. Dentre estes, tem-se Jansen (1969), apontado por João Peixoto (2004), no contexto das teorias explicativas das migrações:

A migração é um problema demográfico: influencia a dimensão das populações na origem e no destino; é um problema econômico: muitas mudanças na população são devidas a desequilíbrios econômicos entre diferentes áreas; pode ser um problema político: tal é particularmente verdade nas migrações internacionais, onde restrições e condicionantes são aplicadas àqueles que pretendem atravessar uma fronteira política; envolve a psicologia social, no sentido em que o migrante está envolvido num processo de tomada de decisão antes da partida, e porque a sua personalidade pode desempenhar um papel importante no sucesso com que se integra na sociedade de acolhimento; e é também um problema sociológico, uma vez que a estrutura social e o sistema cultural, tanto dos lugares de origem como de destino, são afectados pela migração e, em contrapartida, afectam o migrante” (JANSEN, 1969 *apud* PEIXOTO, 2004).

Noutro âmbito, no volume 9 dos Cadernos de Debates, do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH), intitulado “Refúgio, Migrações e Cidadania, identifica-se um conceito de migração atrelado a um aspecto de sobrevivência daquele que indivíduo que, por vários motivos, se encontra em situação tal que seu movimento de deslocamento parte de situações contingenciais. Observa-se que o critério utilizado para o conceito do fenômeno, na perspectiva de seu objeto central, qual seja o migrantes, é exatamente o da sobrevivência de modo que este pode ser definido como “pessoas que estão fora do seu país de origem em virtude de uma ameaça real a sua existência, sem acesso a solução ou reparação doméstica” (IMDH, 2014).

c) Perspectiva jurídica: uma revisão e delimitação dos marcos referenciais

Dentro de uma perspectiva jurídica, a abordagem da comunidade rondoniense frente ao acolhimento dos haitianos na região seguiu o panorama legislativo deficitário nacional que, apesar de importante evolução, não atende a necessidade que o contexto demanda no momento, de modo que se faz mister discorrer, preliminarmente, sobre o desenvolvimento deste status jurídico no regime internacional do migrante, principalmente dos refugiados, para compreender o panorama que irradiou, por consequência natural, seu efeitos na organização normativa do Estado de Rondônia.

Para tanto, delimita-se como marco principiológico a Assembléia geral das nações Unidas de 1946 que estabeleceu princípios definidores, diretrizes e conceitos próprios daquele que se encontra na condição de refugiado, inovando com o princípio do “*non-refoulement*”, segundo o qual um país não poderia obrigar o retorno de um indivíduo ao seu país de origem na hipótese de ainda haver qualquer objeção ou receio a esse retorno.

Como marco organizacional, tem-se a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em 1950, sendo uma organização humanitária e social responsável pela proteção e assistência aos refugiados em âmbito internacional, sua principal missão, que traz como bandeira o princípio da não-discriminação na essência do trabalho desenvolvido por meio da contribuição com a formulação de políticas sobre refúgio e normas afins. A Agência da ONU tem como grupos populacionais sob seu mandato os refugiados, os solicitantes de refúgios, deslocados internos, apátridas e retornados (ONU, 2017).

Essa iniciativa de criação do ACNUR, bem como a elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) em 1948, após a Carta da ONU, representou movimentos da comunidade internacional no sentido de conferir reconhecimento, valorização e respeito da dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, enquanto fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, frente às atrocidades vivenciadas na primeira e segunda guerra mundial.

Tal fato é visualizado nos ensinamentos do Professor Doutor Fredys Orlando Sorto (2008), por ocasião do sexagésimo aniversário da DUDH, quando retrata o contexto histórico do momento de criação desta, com as seguintes palavras:

[...] de um lado está a maior tragédia da história da Humanidade, provocada pela insanidade de líderes que promoveram a partir dos seus Estados, alavancados por um positivismo jurídico perverso, a banalização do ser humano, revelando-se, além disso, totalmente possível a destruição da espécie a partir dos ensaios apocalípticos de Nagasaki e Hiroshima;

E mais adiante afirma que “como houve violação sistemática dos direitos declarados nos Estados, ficara então demonstrada a necessidade de transferir ao Direito Internacional a proteção dos Direitos humanos”, de modo que a DUDH passou a ser o repositório de alta carga valorativa, revestida de intensa moralidade, trazendo o ser humano para o centro das discussões, dando-lhe a “titularidade e a subjetividade no plano internacional” (SORTO, 2008).

A preocupação com a situação internacional dos refugiados foi tão intensa que culminou com a Convenção de 1951, aqui entendida como marco legal em razão da força normativa que possui os tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, juntamente com o Protocolo Adicional de 1967, trazendo de fato, e de direito, entendimentos, mecanismos e conceitos relacionados ao processo migratório, bem como serviu de parâmetro para os demais países signatários por meio de um processo de regionalização com vistas ao atendimento das características peculiares a cada localidade.

Acerca da Convenção de 1951 (Estatuto dos Refugiados), César Augusto S. da Silva (2014, p.16) nos ensina que

[...] pela primeira vez se estabeleceu um instrumento universal de proteção desta natureza. Portanto qualquer pessoa, independente de seu grupo social ou de um evento político ou social determinado, poderia se beneficiar da proteção internacional. Os critérios da Convenção de 1951 claramente recolhem as experiências anteriores e demonstra como foi sendo construído o conceito jurídico de definição do estatuto dos refugiados já não de forma ad hoc, mas universal.

Nesta seara, tem-se a Declaração de Cartagena, datada de 1984 por ocasião do “Colóquio Sobre a Proteção Internacional dos refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, evento este que tratou a situação crítica da América central na década de 80, e que teve como resultado essa carta de intenções que reforça as normas humanitárias no tratamento daqueles refugiados do continente americano, tendo sido confirmada pela ONU e adotada como referência pela legislação nacional de diversos países, em que pese a ausência de força vinculante a estes.

Nesse sentido,

A Declaração de Cartagena recomendava que, além daquelas hipóteses normais de reconhecimento da condição de refugiados, os países deveriam incorporar aos seus ordenamentos jurídicos o conceito de refugiado, também, a toda aquela pessoa que tivesse fugido de seu país porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira ou conflitos internos, violação maciça dos direitos humanos ou

outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (BARRETO, 2010).

Internamente, o Brasil vivenciou sua trágica experiência com os regimes de exceção e ditaduras nos anos 60, 70 e 80, de modo que após décadas de enfrentamento dos problemas internos, marcado por crises políticas, econômicas e sociais, apresentou modificações substanciais na organização da estrutura estatal e sua relação com a sociedade civil, passando por processos de redefinição de valores e princípios após o término da Ditadura Militar.

Nesse sentido, importante citar a criação do Estatuto do Estrangeiro (Lei Nº 6.815 de 1980) que passa a definir a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração, e a consagrada Carta Cidadã que surge 03 anos após o fim do período ditatorial.

Em seguida, inspirado na Declaração de Cartagena, bem como frente ao compromisso firmado na Convenção de 1951, e posteriormente ao Protocolo de 1967, o Brasil aprovou a Lei Nº 9.474 de 1997 que, com 49 artigos, buscou a proteção internacional e reafirmação da dignidade daquele que chega ao país, trazendo regras relacionadas não somente ao conteúdo, como também a forma procedimental a ser observada. Traz, pois, uma inovação dentro da perspectiva humanitária, onde seria possível reconhecer o estado de refugiado naquele indivíduo que tenha deixado seu país em razão de uma grave violação dos direitos humanos, além de alargar o conceito de “refugiado” e conter normas relacionadas ao devido processo legal, pontuando a necessidade de fundamentação e possibilidade de interposição de recurso (PACÍFICO e PINHEIRO, 2013).

Se, por um lado, a supracitada Lei apresenta como vantagem a incorporação de um conceito mais amplo de refugiado, bem como a proteção internacional dos refugiados como política de Estado, por outro ângulo, a norma ainda estava em descompasso com os valores presentes na Constituição Federal de 1988 ao impossibilitar a participação política dos estrangeiros.

De todo modo, observa-se certa preocupação do Estado brasileiro frente ao tema com a aprovação da Lei, apesar da relativa demora no desenvolvimento de dispositivos internos reguladores que pudessem efetivar os valores impressos na outrora assinatura ao Estatuto dos Refugiados, seguido pela confecção das Resoluções do Comitê Nacional para refugiados (CONARE), órgão criado através do art. 11 da 9.474/97, e do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), enquanto estratégias voltadas a elaboração de soluções concretas para a crise dos refugiados.

Todavia, muitas eram as fragilidades da referida Lei por não contemplar situações presentes no contexto vivenciado pela sociedade brasileira frente ao constante fluxo migratório, vez que as catástrofes naturais ou crise social e econômica, apresentada no caso dos haitianos, não eram hipóteses para classificação deste indivíduo na qualidade de refugiado, excluindo-os da proteção legislativa nacional. Fato este que motivou a elaboração da Resolução Nº 97 de 2012 do Conselho Nacional de Imigração,

decidindo pela permanência dos haitianos por questões humanitárias, regularizando desta forma a entrada dos haitianos no Brasil (PACÍFICO e PINHEIRO, 2013).

Observa-se que a citada resolução surge pela via de exceção, como um caso excepcional ao desenho natural dos fatos evidenciados até o momento, referenciados numa doutrina de segurança nacional cuja característica principal, e bastante falaciosa, era a concepção do imigrante como algo que pudesse perturbar a paz interna do Estado, como se oferecesse algum tipo de risco à integridade da nação, uma ameaça à tão estimada soberania nacional.

É nesse campo crítico e de reflexão humanitária que surgem iniciativas de embate direito para o rompimento desses paradigmas, mesmo com alguns movimentos do Governo Federal na tentativa de oferecer melhores condições aos haitianos frente às diversas denúncias de situações críticas e desumanas na quais estes estavam sendo submetidos. Destaca-se, então, a atuação do MPF no Acre por ocasião da Ação Civil Pública em face da União Federal que se fundamentou na violação aos direitos humanos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao dizer

Os direitos humanos, para serem reconhecidos como tais, precisam ser respeitados com atenção à universalidade subjetiva a que nos referimos. Dessa forma, se um direito é reconhecido como direito humano, tal direito não deve ser garantido pelo Estado somente a seus nacionais, mas também a todos aqueles que se encontram momentaneamente sujeitos a seu poder soberano. Logo, não cabe ao Estado distinguir nacionais e não-nacionais no momento da efetivação dos direitos humanos. Se todo ser humano é igual a outro em dignidade e em seu núcleo de direitos humanos, o nacional e o estrangeiro merecem igualmente do Estado o respeito a seus direitos humanos (MPF-AC, 2012).

Ainda nessa linha de entendimento, a petição inicial ainda consta de questionamentos acerca do conceito de soberania e da discricionariedade política adotada pelo ente federativo que acabara de compor o pólo passivo da ação, nos seguintes termos

Todo esse arrazoado a respeito das normas de direitos humanos serve-nos nesta ação judicial para demonstrar que não há espaço de discricionariedade política do Estado brasileiro para decidir se deve ou não respeitar os direitos humanos dos haitianos que se encontram no Brasil. A soberania brasileira não pode passar por cima da constituição e das normas de direitos humanos (em relação às quais, aqui, promovemos aplicação em sua dimensão interna). Os migrantes haitianos que se encontram no Brasil, pelo mero fato de serem pessoas (independentemente de serem refugiados), merecem a proteção de todos esses direitos humanos que antes mencionamos e os demais não mencionados (MPF-AC, 2012).

O pedido do MPF foi deferido pelo Juiz Guilherme Michelazzo Bueno, da 1ª Vara Federal em Rio Branco (AC), todavia o processo segue em segredo de justiça.

No sul do país identifica-se a mesma abordagem através do MPF no Rio Grande do Sul que, por meio do Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, ajuizou a Ação Civil Pública nº 5013811-37.2017.404.7100 para garantir o retorno ao Brasil daqueles estrangeiros portadores da solicitação de refugiados que saíram do país provisoriamente.

d) As políticas públicas migratórias e os direitos humanos

A história tem revelado vários deslocamentos humanos por centenas de motivos, desde Homero na narrativa da *Odisseia* até os dias atuais, contudo insta entender o fluxo migratório que ocorreu a partir do século XV, em virtude das colonizações europeias. É de se concluir que migrar faz parte de da natureza do homem, tal ação indica que haverá mudanças no novo habitat em razão da natureza transnacional da migração que altera as questões socioeconômicas da região receptora de migrantes (PEREIRA, 2010).

A Organização Internacional para as Migrações – OIM, e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, órgãos ligados à ONU, investigaram a direção, a causa e os impactos dos fluxos migratórios, com atenção, ainda, na política local dos países de origem. Apreciando os efeitos negativos e positivos para o desenvolvimento socioeconômico se observa que o debate, a partir dos anos 60, versa sobre a mitigação dos efeitos negativos, pois novos entendimentos surgem como o *codéveloppement*, na França, que é a cooperação entre países com processos migratórios instalados. Esta política visa o engajamento dos governos para que sejam estabelecidas estratégias e políticas públicas com coordenação comum (PEREIRA, 2010).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, através do “Transfer of Knowledge through Expatriate Nationals” (TOKTEN), é exemplo de política pública para acolhimento de migrantes. Na Conferência das Nações Unidas, no Cairo, em 1994, o tema foi tratado com exclusividade em uma seção denominada migração transnacional. Naquela oportunidade dois pontos foram abordados como positivos em decorrência da migração: remessas financeiras internacionais; contribuição intelectual e/ou técnica dos migrantes para serem aplicadas no país de origem. Contudo, foi verificado que não havia dados empíricos capazes para dar lastro a uma política sobre migração transnacional. Por conta disso originou-se uma política de coleta e publicação de dados para subsidiar as estratégias que seriam adotadas, (PEREIRA, 2010).

A divulgação de valores inerentes a remessas de capitais aos países de origem é uma das contribuições da pesquisa. Várias organizações internacionais, no começo do século XXI, preocuparam-se com o tema, como a *Global Economic Prospects: Economic Implications of Remittances and Migration*, (2006), publicação do Banco Mundial, e *Las Migraciones en un Mundo interdependiente: Nuevas Orientaciones para actuar* (2005), da Comissão Global para Migração Internacional (CGMI). Nesta esteira, a Organização das Nações Unidas – ONU criou o Grupo de Migração Global – GMG, que é formada por dez organismos internacionais, entre eles o Banco Mundial, a Organização Internacional para as Migrações – OIM, e a Conferência da Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – UNCTAD (PEREIRA, 2010).

Ademais, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – e a Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais, OECD e DESA, respectivamente, siglas em inglês, órgãos da ONU, têm coletado dados para que sejam observadas as tendências migratórias mundiais, concluindo que não obstante a crise econômica e financeira crescente, a migração mundial também tem crescido, porém o *stock* mundial de imigrantes é decrescente a partir de 2007 (OECD, 2013).

A pesquisa acima ainda observou que, em 2013, praticamente são iguais as migrações Sul-Norte com os migrantes que são nascidos no Sul e residem no Sul, migração sul-sul. No que concerne ao gênero os números indicam que 52% das mulheres migrantes estão no Norte e 43% estão no Sul. Sete entre cada dez migrantes acima de sessenta anos viviam em regiões desenvolvida e seis em cada dez migrantes com menos de vinte anos viviam em região em desenvolvimento. Imigrantes com nível superior estão na casa dos 70% em relação ao último decênio. 30% dos migrantes da OCDE são instruídos e um quinto são das Filipinas, Índia e China.

Os homens, segundo a pesquisa, foram os mais afetados pela crise econômica, de modo que no período de 2010/11 havia 7,1 milhões de desempregados nascidos no exterior, o equivalente a uma taxa de 11,6% de desemprego, nos países da OCDE.

Há riscos de “fuga de cérebros”, *brain drain*, pessoas com nível superior, pois na África uma em cada dez pessoas vivia nos países da OCDE em 2010/11 e na América Latina e Caribe e Ásia, uma em cada 13 e uma em cada 30, respectivamente.

Além de outros dados, a pesquisa informa que o número de migrantes duplicou no período compreendido entre 2000 a 2010, aumentando para 4,6 milhões por ano, pois o estoque de migrantes na década de 90 crescia cerca 2 milhões por ano. Embora em 2010 a taxa tenha caído para 3,6 milhões por ano, haja vista a crise econômica.

Interessa a discussão a respeito do *status quo* do migrante ou do refugiado, em especial ao se analisar a condição de vulnerabilidade que se encontram ou não. A verdade é que aquilo que rege o adjetivo de vulnerável é o nível de desigualdade que essas pessoas estão submetidas. Negar a diversidade para o migrante ou para o refugiado gera uma condição de vulnerabilidade (LUSSI, 2015, p. 136),

As desigualdades que discriminam e excluem têm relação com a vulnerabilidade que expõe os sujeitos à exclusão. Ser migrante ou refugiado, por si só, não significa ser vulnerável, mas a migração pode representar uma condição que favorece e até leva a pessoa a passar por situações de vulnerabilidade, como as que são favorecidas pela exaltação da especificidade migratória, assim como acontece também onde se verifica a negação das diversidades que os sujeitos que migram levam consigo. Políticas públicas para migrantes podem fortalecer as desigualdades, enquanto a inclusão da população migrante e refugiada nas políticas públicas pensadas em uma perspectiva integral e transversal favorece a integração e a prevenção de violações de direitos. Desigualdade não se combate com igualdade; se previne com equidade.

De vários modos podem se apresentar as desigualdades para as relações que envolvem o migrante ou refugiado, como na via profissional, no acesso a bens e serviços, no empoderamento de direitos, assim como nos contatos interpessoais. A adoção de políticas públicas migratórias condizentes com os direitos humanos implica no reconhecimento que não é com o nivelamento entre sujeitos que se incluirá essas pessoas, mas com a clareza que a sociedade se enriquece com o multiculturalismo e isso afasta a discriminação, apesar dos riscos de conflitos. Contudo, tais conflitos são próprios da sociedade em razão de sua argamassa argumentativa, social, cultural, econômica, entre outras.

A representação da desigualdade não está somente nas relações estabelecidas pelos migrantes e refugiados. Os nativos, em muitos casos, desejam políticas públicas específicas para a salvaguarda de seus direitos. O Brasil inicia suas intenções legislativas para atender as carências do migrante, de modo que mesmo com sua vasta experiência quanto a migração, em face da formação multicultural do povo brasileiro, ainda necessita conjugar esforços para atender essas pessoas em comunhão com o recomendado pelas melhores políticas públicas de inclusão, respeitando a mobilidade social e as culturas dos migrantes e refugiados.

Em 2013 a Organização Internacional para as Migrações – OIM elaborou o Relatório Mundial sobre as Migrações – RMM. Este relatório aborda algumas linhas que estão dirigidas ao bem-estar do migrante, uma vez que o alvo é o ser humano enquanto migrante, para que as políticas públicas de inclusão sejam elaboradas com base nessas premissas. Para que se possa explicitar tais eixos dentro das políticas públicas de migração vê-se o migrante como protagonista da discussão; desenvolvimento também é sinônimo de bem-estar humano; o bem-estar do migrante está vinculado a sustentabilidade a médio e longo prazo no que pertine ao desenvolvimento e/ou a própria migração (LUSI, 2015).

Destarte, é imperativo ser criado um lastro de origem empírica para sustentar o liame entre migração e desenvolvimento. A primeira tem consequências cumulativas, com repercussão no país de origem e no de destino, sua característica desenvolvimentista afeta as pessoas, as famílias e as comunidades, até alcançar os países envolvidos (LUSI, 2015, p.138).

O RMM alerta para o “reconhecimento cada vez mais generalizado de que a migração canalizada e gerenciada eficazmente pelos encarregados da formulação de políticas pode contribuir ao desenvolvimento”. Isto significa que a força positiva que as migrações podem representar para o desenvolvimento e o enriquecimento integral de um povo ou de uma nação está intrinsecamente relacionada à implementação de políticas adequadas e abrangentes a ponto de alcançar igualmente a população migrante quanto os nativos (OIM, 2013).

Estabeleceu-se uma discussão importante sobre as políticas públicas migratórias no de 2013 através do segundo Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento, na cidade de Nova Iorque. Trinta e quatro enunciados foram

dispostos ao final do encontro, que transbordou itens repisados como atenção as fronteiras e requisitos para entrada e fixação no território de destino do migrante. Temas como integração, interculturalidade e desenvolvimento humano, tiveram importância no evento (LUSSEI, 2015).

Assim, as proposições envolvem o equilíbrio da questão migratória, por essa ser pluridimensional, de sorte a integrar desenvolvimento com os pontos que se ligam ao campo social, econômico, ambiental e a atenção da política pública quanto aos direitos humanos, em especial a mulheres e crianças. Para inclusão do migrante é necessário o fortalecimento institucional, através da interação entre governo e sociedade civil, para que haja uma migração segura, ordenada e regular, de modo que sejam evitados o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes. Frisou-se também a importância da coleta de dados para sustentar a política pública migratória (LUSSEI, 2015).

A criminalização das migrações tem sido o centro das discussões, de modo que ao menos três premissas sustentam esse debate. A primeira é a de que a lei tipifica como crime a irregularidade migratória; a segunda é o discurso preconceituoso e estereotipado que afirma que os migrantes cometem mais crimes que os nacionais; e a terceira o uso de políticas discriminatórias e restritivas para punir o migrante mais facilmente que um nativo (LUSSEI, 2015).

Ora, é evidente que a criminalização da conduta de imigração irregular gera exclusão e, por consequência, vulnerabilidade. Essa matéria deve ser tratada na esfera administrativa, possibilitando que seja discutida sem o implemento do cárcere, pois é correto afirmar que aplicação de pena de prisão ao caso concreto é ferramenta de exclusão e desproporcional ao caso concreto.

e) As políticas públicas brasileiras de migrações de haitianos para o Brasil

O Brasil recebeu fluxos migratórios durante a sua história, por força da colonização portuguesa, do tráfico negreiro e da vinda de europeus e asiáticos no final do século XIX e início do século XX. Essas migrações, forçadas ou não, conferem ao país sua natureza miscigenada. Porém, é um país mais conhecido internacionalmente pela saída de seus cidadãos para outras regiões do planeta, pois segundo dados da Organização Internacional para as Migrações – OIM há três milhões de brasileiros residindo em outros países. Em contrapartida existem um milhão e meio de estrangeiros vivendo aqui (ALCÂNTARA, 2014).

A escolha do Brasil como destino final de haitianos é um fato recente, pois nos anos 80, do século passado, a diáspora daquela ilha se deu em direção aos Estados Unidos, a vizinha República Dominicana e a Cuba. No entanto, dois fatores hipotéticos elencam o Brasil como destino final dos haitianos. O primeiro é a presença militar brasileira no Haiti, através da Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti – MINUSTAH, e o segundo é a tragédia humanitária decorrente do terremoto de 12 de janeiro de 2012. Não há confirmação empírica que sustente essas hipóteses, sobretudo pela histórica diáspora haitiana, uma vez que segundo *Haitian Diaspora Federation*,

cerca de 2,5 milhões nativos daquele país vivem no estrangeiro. Todavia, números do Conselho Nacional de Imigração – CNIg, do Ministério do Trabalho, indicam que em 2003 foram emitidas 3.094 carteiras de trabalho para estrangeiros e em 2013 as emissões saltaram para 41.462, destes 11.882 foram para haitianos (ALCÂNTARA, 2014).

Meses após o terremoto de 2010 grupos de haitianos chegaram na Amazônia, pelas fronteiras dos estados do Acre, município de Brasileia, e do Amazonas, no município de Tabatinga, fronteiras com Bolívia e Colômbia, respectivamente. A escolha dessas portas de entrada se deu em virtude de nos locais existiram postos de imigração da Polícia Federal, o que permite a entrada regular de migrantes, de modo que possa ser iniciado o processo para concessão de visto permanente no Brasil. Até 30 de setembro de 2013 mais sete mil haitianos tiveram sua situação migratória regularizada no país, por motivo de asilo ou refúgio, consoante dados do Ministério da Justiça, apesar de haver notícias veiculadas na imprensa, não oficiais, que o número de migrantes haitianos chega à casa dos quinze mil, (ALCÂNTARA, 2014).

Em 2012 é editada a Resolução Normativa 97, do Ministério da Justiça, que concede visto humanitário de caráter permanente, a fim de atender a massa migratória haitiana que chegava ao Brasil, em virtude do terremoto que assolou aquele país dois anos antes, *verbis*:

Art. 1º Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro.

Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

Não obstante, houve limitação da expedição de visto de permanência e de trabalho para cidadãos haitianos, consoante o exposto no artigo 2º, da mesma Resolução:

Art. 2º O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe.

Parágrafo único. Poderão ser concedidos até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano, correspondendo a uma média de 100 (cem) concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do País.

Criou-se um novo desafio para as autoridades brasileiras de migração, em especial na tentativa de frear a entrada de cidadãos haitianos pela Amazônia que não tivessem obtido o visto na Embaixada brasileira em Porto Príncipe. Contudo, a política pública brasileira se mostrar frágil a ponto do governo do Acre decretar estado de emergência, nos municípios de Brasileia e Epitaciolândia, ambos na fronteira com a

Bolívia, em virtude da presença maciça de cidadãos haitianos em seu território, alegando especialmente que, mesmo que temporária, havia prejuízos para o Estado nas áreas da saúde e da assistência social, uma vez que a sobrecarga de atendimentos não estava ao alcance da estrutura acreana abarcar, (ALCÂNTARA, 2015).

O Conselho Nacional de Imigração – CNIg, opõem-se ao recomendado pelo Ministério de Relações Exteriores e pelo Ministério da Justiça e concede vistos humanitários em número maior ao determinado pela Resolução nº97/2012 aos haitianos que aportam na fronteira norte do Brasil, o que acentua a fragilidade da política migratória brasileira.

Neste sentido, uma nova Resolução Normativa publicada pelo CNIg, em 26 de abril de 2013, de nº 102, deu outra redação para o artigo 2º da Resolução 97, de modo a conformá-la com o problema da migração haitiana, pois o objetivo de conter o fluxo migratório não teve sucesso, de sorte a dar exclusividade ao Ministério das Relações Exteriores para a concessão de visto humanitário através da Embaixada brasileira em Porto Príncipe. Esta é a íntegra da norma: "Art. 2º. O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores."

O Conselho Nacional de Imigração – CNIg reconheceu em outubro de 2013 a necessidade de prorrogar a concessão de vistos humanitários para os haitianos até janeiro de 2015, uma vez que as consequências da crise humanitária ainda perduravam, tal decisão foi expressa mediante a Resolução nº 106, viabilizando, ainda, o acesso legal de haitianos por via terrestre ao Brasil.

Portanto, restou as autoridades brasileiras desenvolverem políticas públicas adequadas de acolhimento para integrarem os migrantes as novas condições estruturais que se apresentam nas cidades do país, em especial nas fronteiriças da região Norte. A política migratória não foi capaz de conter o fluxo de haitianos e muito menos de ter normas adequadas para atendê-los.

f) A proposta jurídica do momento

Ainda nesse prisma de redesenho jurídico, com vistas a um processo de mudança no ordenamento nacional, tem-se a recente Lei de Migração (Lei Nº 13.445/2017), aprovada pelo Presidente Michel Temer que substitui o Estatuto de 1980 colocando novos conceitos e atualizando algumas garantias e princípios constitucionais anteriormente atribuídos somente aos brasileiros.

De um modo geral, é possível identificar no texto normativo da nova lei uma preocupação do Estado com questões que há tempos eram suscitadas por organizações civis, como a Associação Nacional de Estrangeiros e Imigrantes no Brasil (ANEIB), e por alguns movimentos sociais, sendo essas a garantia de acesso a assistência judiciária gratuita (Defensoria Pública) e a presença do princípio do contraditório e da ampla defesa, essenciais dentro do Estado Democrático de Direito. Enfatiza-se, ainda, uma

limitação na aplicabilidade do instituto da expulsão, em consideração as normas internacionais, e a regulamentação da hipótese de acolhida humanitária enquanto finalidade do visto temporário.

Noutro giro, identificam-se ainda algumas fragilidades na perspectiva dos direitos humanos que foram objetos de vetos (num total de 18), a exemplo do art. 118 que previa a concessão de anistia para aquele que se encontrava em situação irregular, cujo texto dizia que o “imigrante com processo de regularização migratória em tramitação poderá optar por ser beneficiado por esta Lei”, mas que fora vetado com a justificativa de que, além de uma concessão indiscriminada de anistia a todos os imigrantes, o artigo ainda estaria esvaziando a “discricionariedade do Estado para o acolhimento dos estrangeiros”, ignorando mais uma vez as normas de Direitos Humanos por meio de um conceito deturpado de soberania (BRASIL, 2017).

Tendo como pressuposto básico a intrínseca relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos, entende-se que uma análise crítica dos dispositivos desta lei é de fundamental relevância considerando a necessidade prática de elaboração de tais políticas públicas com vistas a efetivação daqueles direitos humanos elencados na Constituição Federal vigente, visto que a “necessidade do estudo das políticas públicas vai se mostrando à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais” (BUCCI, 2001).

Nesse sentido, o novo Estatuto dos Migrantes não pode ser uma tentativa tímida de consolidação da ideia de transnacionalidade dos direitos humanos, consubstanciada no entendimento de que não é possível admitir, a título de uma soberania nacional, a vinculação do fenômeno da migração, e de todos os seus vieses, ao programa de práticas que tenham cunho discriminatório e separatista, como se os imigrantes não fossem detentores de direitos e garantias. Deve-se, pois, declarar explicitamente os princípios e regras constitucionais defendidos a duras penas ao longo dos anos.

3. Conclusão

Os fluxos migratórios são importantes para o desenvolvimento dos povos e suas estruturas sociais, culturais, econômicas e políticas. Contudo, a aceitação de outros povos nas regiões de destino não é tarefa simples, em especial por conta dos tratamentos desiguais, de sorte que devem ser formuladas políticas públicas que respeitem os direitos humanos e o universo multicultural que envolve o problema.

A perspectiva de entendimento da migração como um fenômeno social, com características que lhe são peculiares, bem como um processo que envolve dinâmicas políticas, é fundamental para a garantia do direito que os migrantes possuem de se deslocar de uma região a outra, independentemente do motivo que enseja tal movimentação, de modo a criar uma inteligência firmada no rompimento de barreiras ideológicas, culturais, políticas e econômicas que colocam esses indivíduos como seres

desprovidos de direitos, contrariando o entendimento consolidado no plano internacional ao longo dos anos.

O Brasil demonstrou com a vinda dos haitianos que precisa formular políticas migratórias consistentes que englobem não só a proteção contra migração irregular, mas, em especial, a acolhida daqueles que vem em busca de melhores condições de vida por conta de um fluxo migratório forçado. Entendendo que a natureza migratória impõe regras, mas também necessita de espaços de consentimento humanitário.

A vulnerabilidade em que se encontram os migrantes, evidenciada no estado de Rondônia, como no restante do Brasil, seja pela dificuldade com a língua, com a aquisição de um emprego, seja pela garantia de necessidades básicas, como moradia e alimentação, é a demonstração do insucesso das políticas públicas do momento, cuja consequência direta é um quadro de inoperância caracterizado pelo não alcance da efetivação dos direitos humanos, de modo que a atuação de algumas organizações privadas e a Igreja não vai, e nem pode, substituir a obrigação que o Estado possui em garantir tais direitos.

Nesse contexto, o envolvimento do segmento acadêmico na discussão e abordagem do tema, junto as organizações estatais e iniciativa privada, com vistas a um profundo processo de reflexão acerca das melhores práticas de atendimento a essa população de migrantes, sejam movimentos jurídicos ou políticos, bem como o compartilhamento da responsabilidade entre as três esferas de governo, podem representar uma estratégia adequada para o estabelecimento de políticas públicas eficientes e acolhimento humanizado necessário.

Referências

- ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados**. 3^o edição. Genebra, 2011.
- ALCANTARA, Pedro Ivo de M. **Novas fronteiras: Um olhar sobre a imigração haitiana para o Brasil**. 2014. 117 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB. Brasília.
- ARAÚJO, Adriano A. A; OLIVEIRA, Adriana C. **O conceito de redes: apontamentos referentes a imigração haitiana para o Brasil**. In: Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades – CONINTER 3. Salvador. 2014.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. 1^o ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Consideração sobre a imigração no Brasil contemporâneo**. In: CNPD. Migrações internacionais: Contribuições para políticas, 2003.

- BRASIL. **Declaração de Cartagena**. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça. Brasil, 2008. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/slides/declaracao-brasil-cartagena-30>. Acesso em 16 de Julho de 2017.
- BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de Maio de 2017**. Que institui a lei de migração, publicada no Diário Oficial da União de 25 de Maio de 2017.
- BRASIL. **Lei n. 9.474, de 22 de Julho de 1997**. Que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências, publicada no Diário Oficial da União de 23 de Julho de 1997, pag. 15822.
- BUCCI, Maria Paula Dallari et ali. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001.
- COTINGUIBA, Geraldo Castro. **Imigração haitiana para o Brasil – a relação entre trabalho e processos migratórios**. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História e Estudos Culturais da Universidade Federal de Rondônia – Unir/Porto Velho, 2014. Disponível em: http://www.migrante.org.br/images/arquivos/dissertacao_geraldo_castro2014.pdf. Acesso em 15 de Julho de 2017.
- COTINGUIBA, M. P; COTINGUIBA, G. C; BAENINGER, R. **Haitianos na Amazônia pessoas em trânsito para uma cidade em transformação socioespacial: um estudo de caso em Porto Velho**. In: XVII ENANPUR. São Paulo. 2017. Disponível em: http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/ST_Sesseos_Tematicas/ST%206/ST%206.4/ST%206.4-01.pdf. Acesso em 30 de junho de 2017.
- IMDH. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v. 9, nº 9. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. ISSN: 1984.2104. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2014.
- JANSEN, Clifford J. **Some Sociological aspects of migration**. In J. A. Jackson (Ed.), Migration, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- LUSSI, Carmem. **Políticas públicas e desigualdades na migração e refúgio**. São Paulo. *Psicologia USP*. I volume 26. número 2. p. 136-144. 2015. Disponível em: http://dgi.unifesp.br/sites/comunicacao/pdf/entreteses/guia_biblio.pdf. Acesso em 25 de julho de 2017.
- OIM. Direito Internacional da Migração: **Glossário sobre Migração**. Nº 22. Editora: Organização Internacional para as Migrações. Depósito: 304 786/10. ISSN: 2975-2687. Genebra: OIM, 2009.
- Organização das Nações Unidas: **Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais – Divisão de População - OECD. Migração Mundial em Números**. 2013.

- PACÍFICO, Andrea Pacheco; e PINHEIRO, Thaís Kerly Ferreira Pinheiro. **O status do imigrante haitiano no Brasil após o terremoto de 2010 sob a perspectiva do Pós-Estruturalismo.** Revista Perspectivas do Desenvolvimento: Um enfoque multidimensional. 1º ed., nº 1. RPD, 2013.
- PEIXOTO, João Alfredo. **As teorias explicativas das migrações: teorias micro e macro-sociológicas.** Publicação seriada do SOCIUS – Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações, nº 11. Instituto Superior de Economia e Gestão. Universidade Técnica de Lisboa, 2004.
- PEIXOTO, João Alfredo. **Migrações Internacionais e globalização: Mobilidade, mercado de trabalho e relações sociais.** In: SCHERER-WARREN, Ilse e FERREIRA, Jos. Maria C. (Orgs) Transformações sociais e dilemas da globalização: Um diálogo Brasil-Portugal, 2002.
- PEREIRA, Paulo Moreira. **Percepções sobre migração transnacional e fomento do desenvolvimento.** Revista Estudos Políticos. Número 1 – 2010/02.
- SILVA, César Augusto S. da (org.). **Direitos Humanos e refugiados** – Dourados: Ed. UFGD, 2012.
- STAFFEN, Márcio Ricardo; NISTLER, Regiane. **Transnacionalidade e relações de trabalho: análise da imigração dos haitianos ao Brasil – Estamos preparados?.** Revista Eletrônica Direito e Política, [S.l.], v. 9, n. 3, p. 1542-1568, dez. 2014. ISSN 1980-7791. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6750>. Acesso em: 27 julho de 2017.

NEOCONSTITUCIONALISMO E O EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO STF

NEO-CONSTITUTIONALISM AND THE BINDING EFFECT OF AN INCIDENTAL CONSTITUTIONAL CONTROL BY STF

Alinson Ribeiro Rodrigues¹

Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ

Lorena de Melo Freitas²

Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Sumário: 1. Introdução; 2. Neoconstitucionalismo; 3. Controle incidental de constitucionalidade: modelo estadunidense e o adotado pelo Brasil; 4. A força dos precedentes nos EUA: stare decisis ou binding effect (efeito vinculante) das decisões da Suprema Corte; 5. Efeito vinculante dos precedentes do STF no controle incidental de constitucionalidade e a mutação constitucional do art.52, x da cf/88; 6. Considerações Finais; Referências

1. Introdução

Este trabalho tem como objeto de estudo analisar a força vinculante dos precedentes judiciais firmados pelo STF quando este realiza o controle incidental de constitucionalidade.

Neste sentido, a problemática fundamental do trabalho é: Em que medida o efeito vinculante das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade garante uma maior eficácia da jurisdição constitucional?

O objetivo geral será apresentar a necessidade do efeito vinculante das decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade diante das inovações na jurisdição constitucional decorrentes do neoconstitucionalismo. Quanto aos objetivos específicos, tratam-se do fenômeno do neoconstitucionalismo, suas características principais e, em especial, os efeitos decorrentes dele para a jurisdição constitucional no Brasil. Investiga, ainda, a necessidade da mutação constitucional do art.52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para garantir efeito vinculante às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade independente de resolução por parte do

¹Mestrando pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. E-mail: alinsonrr@yahoo.com.br

² Professora Adjunta da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Bolsista do Programa Nacional de Pós-doutoramento (PNPD/Capes) junto ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Senado Federal a fim de garantir maior segurança jurídica, isonomia e a supremacia constitucional por meio dos precedentes da Suprema Corte.

A hipótese verifica a maior segurança jurídica para a jurisdição constitucional na medida em que é conferido efeito vinculante às decisões do STF no controle incidental de constitucionalidade.

Este artigo adotou como procedimento metodológico a estrutura dedutiva, por meio de pesquisas bibliográficas. Assim, parte de uma premissa geral ao analisar as principais características de cada fase do constitucionalismo (antigo, clássico, social ou moderno até o contemporâneo - ou neoconstitucionalismo). A passagem do geral para o particular se viabiliza com o foco nesta última fase e as inovações na jurisdição constitucional e no sistema de precedentes judiciais nos países de tradição jurídica do *civil law*, como o Brasil. O artigo segue dispendo do controle difuso de constitucionalidade, sua origem no sistema jurídico norte-americano - common law- e as características dos precedentes judiciais neste sistema, bem como, o modelo adotado pelo Brasil a partir da Constituição de 1891.

Por fim, abordar a necessidade da mutação constitucional do art.52, X, da CF/88, adequando a jurisdição constitucional ao neoconstitucionalismo, analisando as inovações legislativas trazidas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, lei 13.105/15, que fortalece o sistema de precedentes judiciais, concretizando as alterações no texto constitucional trazidas pela Emenda Constitucional n 45/04.

2. Neoconstitucionalismo

O fenômeno conhecido como neoconstitucionalismo é uma das fases do constitucionalismo, movimento histórico, filosófico, político e jurídico que teve inicialmente como objetivo a limitação do soberano e num segundo momento a previsão de direitos individuais e a separação dos poderes.

Em relação a esse assunto, Canotilho³ define constitucionalismo nos seguintes termos:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p.47

Antes de analisar o neoconstitucionalismo é necessário entender as transformações sociais, jurídicas do modelo de Estado que levaram a evolução desse fenômeno, partindo desde o constitucionalismo antigo, clássico e social ou moderno.

No constitucionalismo antigo, a primeira experiência se trata do antigo Estado Hebreu, ainda que se trate de uma teocracia, o Soberano estava submisso às leis divinas, ainda que na contemporaneidade este modelo possa parecer retrogrado, à época, século X A.C, esse sistema era exceção considerando que, em regra, nas outras culturas o soberano era considerado um ente divino.

Do exposto acima, é possível depreender algumas características deste período: a primeira delas é que não havia normas determinadas por um poder legitimamente eleito, ou seja, todas eram determinadas pelo líder religioso em nome do ente divino e, em segundo lugar, as normas eram eminentemente consuetudinárias.

No constitucionalismo antigo cumpre observar ainda outra experiência de limitação do poder do soberano e garantia de liberdades civis ao indivíduo, trata-se do constitucionalismo inglês que, diferente da experiência citada anteriormente, já há um fortalecimento do modelo de Estado Constitucional como concebido nos dias atuais, com um órgão específico, no caso o Parlamento, cujo objetivo é controlar os atos do soberano.

Neste caso, destaque para a Magna Carta de 1215, em que o monarca João Sem Terra firma compromisso no sentido de respeitar os direitos dos nobres, da Igreja e de somente estabelecer impostos após oitiva dos representantes do povo.

Ainda na Inglaterra, outro documento de extrema importância para o constitucionalismo foi o *Bill of Rights*, de 1689, nele o então monarca Guilherme III tem os seus poderes limitados pelo parlamento inglês, cabendo apenas a este a aprovação de tributos, bem como a manutenção do exercito.

Sobre o constitucionalismo inglês e a inovação apresentada com o *Bill of Rights*, Fioravanti⁴ afirma:

De esta manera – precisamente sobre este último plano – La constitución inglesa estaba llamada a resolverse de manera particularmente estable y sólida, a partir de una situación en la que la reafirmación de un ejecutivo de titularidad monárquica se acompañaba – bajo las normas contenidas en El *Bill of Rights* – de una consistente e reducción de los poderes Del Rey, AL que se Le negaba de manera explícita un poder autónomo de normación, así como El poder de imponer tributos y de llamar a las armas, o de organizar y mantener el ejército en tiempo de paz, sin El consentimiento Del parlamento. En pocas palabras, se trataba de comprender qué forma de gobierno se estaba afirmando en Inglaterra tras El retorno de la monarquía (FIORAVANTI, 2001, p.90).

⁴ FIORAVANTI, Maurizio. Constitución de La Antigüedad a nuestros días. Tradução Manuel Martínez Neira, Editora Trotta, p.90, Madrid, 2001, p.90

Avançando para a segunda fase do constitucionalismo, também conhecido como constitucionalismo clássico, duas experiências ocorridas no século XVIII destacam-se como marco nesta etapa, embora conflitantes em muitos pontos entre si, assim como em relação ao modelo anterior Inglês.

Em primeiro lugar a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, é um marco para o constitucionalismo, notadamente porque traz uma inovação importante até mesmo para definir o neoconstitucionalismo, ou melhor, a supremacia da Constituição, com ênfase na separação dos poderes mais conhecido como *check and balances*⁵, que decorre diretamente da supremacia constitucional considerando que, se a Lei Fundamental é quem detém a supremacia, destarte, a soberania, todos os poderes deveriam agir nos limites determinados por ela, sob pena de um poder impor limite ao outro a fim de cumprir a norma constitucional.

Outro efeito decorrente da supremacia da Constituição foi um maior protagonismo do Poder Judiciário nas relações entre os poderes, bem como, a tutela dos direitos das minorias, que já não estavam mais reféns da vontade geral revelada pelos representantes eleitos do povo junto ao Poder Legislativo.⁶

Ainda na fase do constitucionalismo clássico outra experiência que merece destaque é a da França, de 1791, essa constituição nasce após a Revolução Francesa, portanto, sob forte inspiração das ideias iluministas.

Apesar de contemporâneo ao período da constituição norte-americana, o modelo constitucional Francês era antagônico àquele, considerando que este era influenciado pelas ideias de Rousseau⁷, em que a soberania pertencia ao povo, sendo o parlamento o

⁵ Assim nos artigos Os Federalistas Hamilton aduz: porque: 173 despotas não-de opprimir mais do que hum só: e quem disto poder ter duvida, lance os olhos sobre a republica de Veneza. Tão pouco pôde importar que sejam da nossa escolha aquelles que assim exercitão esta promiscuidade de poderes. (...) Não foi para termos hum despotismo electivo que nós pelejámos tantas batalhas; mas para ter hum governo, não somente fundado em princípios livres, senão tal que os poderes do governo estejam de tal maneira divididos e contrabalançados entre os diferentes corpos de magistratura, que nenhum, possa transgredir os seus limites legais, sem que os outros efectivamente o reprimão e o restrinjam.”Hamilton, Alexander, O Federalista, Rio de Janeiro : Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1766> Acesso em: 28 Jul. 2017, p.200.

⁶ Neste sentido Mendes, Branco e Coelho ressalta um fato histórico que num raciocínio dedutivo concede o entendimento do porquê os americanos preferem limitar o Poder Legislativo e garantir a soberania a supremacia constitucional: “A desconfiança para com o parlamento pode ser retracada aos fatores desencadeadores da independência americana. Leis britânicas das vésperas da independência, em especial no que tange à taxação, provocaram a indignação dos colonos, que as viram com resultado de um parlamento corrompido, que se arrogara poder ilimitado. O Parlamento britânico se assomou aos colonos como força hostil à liberdade. A nova nação deveria precaver-se contra a legislatura propensa às medidas tirânicas. Haveria de se construir um governo democrático”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.225.

⁷ Uribe ressalta a crise de representatividade na concepção de Rousseau ao afirmar: “Es verdad, sin embargo, que, a pesar de los controles que introduce Rousseau, la democracia representativa implica un cierto grado de ‘degeneración’ respecto a la democracia directa, en la medida en que se aleja, más que ésta, de su obligada correspondencia con la opinión pública – voluntad general. No hay correspondencia más directa y, por ello, auténtica, en el plano ideal o teórico. Que la plena coincidencia entre representantes y representado. Quien mejor se representa si mismo, aunque sea una obviedad (pero no es un obviedad irrelevante), es uno mismo. Quien mejor puede interpretar SUS opiniones y su voluntad, es El autor de las

representante deste, e a este cumpria exercer a soberania, de forma que a vontade geral da maioria imperava.

As diferenças entre as duas experiências ficam ainda mais latentes quando analisada a separação dos poderes que cada modelo constitucional preferiu adotar, enquanto no modelo estadunidense os poderes deveriam funcionar de forma harmônica e independente nos limites da Constituição, no modelo Francês os poderes detinham uma separação rígida de competências, um não poderia intervir na atividade do outro para evitar a violação da competência estabelecida pela Constituição para cada um. Assim, Moller⁸ salienta a diferença entre os dois modelos constitucionais tratando deste tema:

Analizando o modelo de separação rígida de poderes adotado no Estado Legislativo, organizado de acordo com as necessidades de manutenção de uma supremacia do Poder Legislativo frente aos demais poderes e pautado em uma lógica de especialização que impedia a interação entre os poderes estatais por considerar indesejável e predatória uma possibilidade de atuação em conjunto, temos, então, que fazer referência ao seu contraponto. (...) o sistema sustentado na supremacia da constituição, organiza-se através de uma clara definição de competências dispostas na constituição, de forma que a cada poder serão delegadas atividades específicas, as quais, em alguns casos podem inclusive ser coincidentes. Nesses casos, o que vai definir a posição final será a definição constitucional sobre qual poder deverá ter a última palavra respeito a cada matéria.

Cumprido salientar que nos moldes Francês, até mesmo a escola exegética limitou o poder de interpretação do juiz da norma, de forma que o juiz passou a ser considerado apenas “boca da lei”, analisando a subsunção do fato à norma, sob pena de violação da competência legislativa, de forma que direito era sinônimo de lei.

Todavia, a crise social instalada no século XIX, decorrente, sobretudo, da ascensão da burguesia como classe dominante após a Revolução Francesa, aumenta a desigualdade social, cria problemas sociais graves nas relações trabalhistas, fruto da Revolução Industrial, que culmina na verdade com a primeira grande guerra mundial, no início do século XX.

Após o conflito armado, os Estados até então abstencionistas, ou seja, não intervindo nas relações sociais, acabam tomando para si alguns serviços como saúde e educação a fim de atender a crescente demanda social pós-guerra.

Neste cenário, o constitucionalismo experimenta uma transformação, conhecida como constitucionalismo social ou moderno, destaque para duas experiências neste período: a Constituição do México, de 1917 e a de Weimar, de 1919. Dentre as diversas

mismas. URIBES, José Manuel Rodriguez. *Sobre La Democracia De Jean-Jacques Rousseau*, Madrid: Dykinson, 1999, p.60.

⁸ MOLLER, Max. *Toeria Geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.158-159

características ressalta a possibilidade de maior intervenção do Estado nas relações privadas, surgimento do dirigismo contratual, intervenção do estado na ordem econômico e previsão de direitos sociais como direito a saúde e educação.

Após o constitucionalismo social ou moderno, meados do século XX, sobretudo posterior à segunda guerra mundial, contextualiza-se o neoconstitucionalismo, levando a entender a necessidade de analisar o contexto histórico e as suas principais características.

No que tange ao contexto histórico⁹, as tragédias verificadas durante o conflito, especialmente a violência contra a humanidade apoiada no modelo do Estado de Direito, forçou mais uma vez a repensar o modelo de Estado e por conseguinte as normas constitucionais.

Diante disso, uma das medidas que modificaram o ordenamento jurídico e o modelo de Estado foi a consagração da dignidade da pessoa humana como valor jurídico, com previsão expressa nos textos constitucionais de praticamente todos os países do ocidente após a segunda guerra mundial trazendo, com isso, para o centro do ordenamento jurídico a tutela dos direitos fundamentais, retirando a competência para concretizar os direitos fundamentais do Poder Legislativo e transferindo para o Poder Judiciário.

Outras crises, além das citadas anteriormente (como por exemplo, a crise no conceito de soberania e de separação dos poderes), levaram a reestruturação do Estado e do direito constitucional, dentre elas, podemos citar a crise de representatividade no Estado de Direito.

A fim de melhor explicar o que levou a esta crise de representatividade, principalmente nos cargos eletivos do Poder Legislativo, cumpre trazer alguns pontos cruciais que tem uma correlação com este fato.

É oportuno citar, neste seguimento, a hiporregulação, uma vez que houve uma diversificação das fontes do direito decorrente da autonomia regulatória de alguns setores públicos, dos órgãos de classe profissional e sindicatos, por exemplo, decorrentes do constitucionalismo Social, em que o Estado assume competências como o de regular direitos sociais como o mercado de trabalho.

⁹ Barroso cita como marco histórico do neoconstitucionalismo: “A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemão), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. (...) A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.” BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito (O Triunfo Tardio Do Direito Constitucional No Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 28 Jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>, p. 3.

A executivização da lei, com o Estado Social, estabelecendo um aumento na atividade regulatória, gerando atividades complexas como a prestação de serviços de educação, saúde e empresarial. A lei passa a regulamentar assuntos acessórios e secundários como, por exemplo, leis regulando o mercado de planos de saúde, oferta de produtos, regulação de bolsas de estudo, controle de estatais etc.

Com a supranacionalização das normas houve uma verdadeira internalização do âmbito decisório de algumas matérias, notadamente aquelas referentes ao meio ambiente. Todavia, com a alteração das fontes sociais, a constante modificação das fontes materiais do Direito, tão comuns na pós-modernidade, não tiveram o devido acompanhamento por parte do legislador.

A ocorrência do fim dos Códigos, basicamente por dois motivos, o primeiro decorre da ausência de generalidade e abstração das normas legais o que acarretou numa atuação legislativa fragmentada, (por exemplo, ao invés do legislador buscar regulamentar todas as relações privadas no Código Civil, hoje no Brasil há o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Estatuto das pessoas com Deficiência, dentre outras) assim, todas as matérias que poderiam constar no Código Civil, por serem da alçada do direito privado, contudo foram reguladas por norma específica; o segundo motivo decorre do limite linguístico de regulação geral, houve uma desmistificação da ideia de que o legislador poderia prever e regular todas as matérias retratando fielmente a realidade social, com isso adotou-se a técnica legislativa da adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

No que concerne ao fim dos Códigos, Zagrebelsky¹⁰ apresenta como as ideias decorrentes da Revolução Francesa desvirtuaram da concepção original conferindo, com isso, uma importância sobremaneira as Leis e ao Poder Legislativo, por conseguinte, na regulação das normas jurídicas, esvaziando a figura do juiz:

No tuvo lugar, pues, El sometimiento de la ley AL control de los derechos sono que, Al contrario, se produjo El control de legalidad de los derechos, cuya verdadera Constitución jurídicamente operante no fue la Déclaration, soni El Code Civil, no em vano denominado con frecuencia la Constitución de la burguesia liberal.

Se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses, se haya atribuido históricamente a los jueces la posición de servicio pasivo a la ley. No se habría podido asignar a éstos ninguna tarea de equilibrio Del legislativo, porque ello habría presupuesto que fueran precisamente los jueces, y no El legislador, quienes pudiesen erigirse em defensores de los derechos. Derechos – es preciso añadir – que, contrariamente a la situación histórica constitucional de la época de la Revolución, para poder permitir a los jueces desarrollar esta tarea de

¹⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo, *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Traducción: Marina Gascón, Madrid: Eitora Trotta, 1995, p.53.

contención de la omnipotência parlamentaria deberían Haber tenido um fundamento y uma eficácia jurídica própria e independente de la ley.

Outro fato que levou a crise de representatividade foi a busca do legislador quando da sua atuação legiferante de buscar concretizar o interesse próprio ou daqueles que de alguma forma lhe beneficiassem¹¹.

Analísado os fatores que acarretaram o surgimento do neoconstitucionalismo, cumpre neste momento apresentar suas principais características além da citada anteriormente, em outras palavras, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor jurídico.

Nas palavras de Ávila¹² o neoconstitucionalismo possui as seguintes características:

(...) as Constituições pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativos e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação (...)

Pode-se afirmar, dando seguimento ao raciocínio ora desenvolvido que o “neoconstitucionalismo” (...) possui, dentre outros que poderiam ser mencionados, quatro fundamentos: o normativo (“da regra ao princípio”); o metodológico (“da subsunção à ponderação”); o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”).

Assim, por exemplo, com o neoconstitucionalismo, o juiz ao aplicar o Direito não apenas interpreta a norma, ele cria a norma para o caso podendo, inclusive, afastar a regra prevista pelo Legislador numa norma infraconstitucional e aplicar um princípio constitucional.

¹¹ Sobre este tema, Marx ainda no século XIX já apontava para o problema da crise de representatividade decorrente da lógica do interesse próprio quando da atuação legiferante do Poder Legislativo, deste modo, ao se referir as autoridades que buscavam punir o furto da madeira desprendida das árvores de forma natural: Toda a nossa exposição mostrou como a Dieta Renana rebaixa o poder executivo, as autoridades administrativas, a existência do acusado, a ideia de Estado, o próprio crime e a pena à condição de meios materiais do interesse privado. É coerente com isso que também a sentença judicial seja tratada como mero meio, e a força de lei da sentença, como rodeio supérfluo. MARX, Karl. Os Despossuídos: Debates sobre a Lei referente ao furto de madeira. Tradução de Nélío Schneider; Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017, p.122.

¹² ÁVILA, Humberto. “Neoconsittucionalismo”: Entre A “Ciência Do Direito” E O “Direito Da Ciência”, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, 2009, p.2-3.

Ainda sobre as características do neoconstitucionalismo Barroso¹³ cita como marco filosófico:

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

Diante do exposto, as profundas modificações que o neoconstitucionalismo acarretou à jurisdição constitucional restam evidenciadas, modificações estas decorrentes principalmente da aplicação de princípios constitucionais de forma direta por parte do juiz, força normativa da Constituição e da adoção de regras abertas, ou melhor, regras legais que adotam cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, levando a uma maior relevância dos precedentes judiciais, sendo estes consideradas mais uma fonte do direito.

Por causa destas modificações, é necessário analisar a força dos precedentes judiciais firmados pelo Poder Judiciário no Brasil, mais especificamente, no controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, questão que será analisada no tópico a seguir.

3. Controle incidental de constitucionalidade: modelo estadunidense e o adotado pelo Brasil

O *judicial review*¹⁴, mais conhecido no Brasil como controle de constitucionalidade difuso, incidental ou concreto, tem origem nos Estados Unidos da

¹³ Ibid., p.4.

¹⁴ Marinoni destaca "Com a Revolução Gloriosa, de 1688, é instituída a doutrina da *"supremacy of the parliament"*. A doutrina da supremacia do Legislativo serviu para o Reino inglês controlar os atos das suas colônias e, depois, teve o efeito de fazer surgir, nos Estados Unidos, princípio que, numa visão estrita de *civil law*, poderia ser visto como seu oposto, isto é, o da *"supremacy of the judiciary"*. As colônias inglesas, regidas por Cartas, foram proibidas de editar atos contrários ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas 32, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes. Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer isto dizer que, no momento em que o princípio da supremacia do parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial dos seus atos, e, dessa forma, o broto do princípio da supremacia do Judiciário. De modo que o princípio inglês da supremacia do parlamento, ao invés de obstaculizar, na realidade colaborou para a solidificação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Com a independência das Colônias americanas, em 1776, as Cartas foram substituídas pelas novas Constituições, e, como anteriormente os juízes já tinham a consciência e a prática de decretar a nulidade das leis que violassem as Cartas e a legislação do Reino inglês, tornou-se praticamente "natural" controlar as leis que contrariassem as Constituições dos estados que acabavam de adquirir independência." MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica Entre As Jurisdições De Civil Law E De Common Law e a Necessidade De Respeito Aos Precedentes No Brasil, REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, n49 – UFPR – CURITIBA, 2009. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 28 Jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v49io.17031>, p.23-24.

América, em 1803, no leading case *Marbury vs. Madison*, sob a presidência do juiz John Marshall, decisão da Suprema Corte deste país, dando início assim a um marco histórico da jurisdição constitucional (SIQUEIRA JÚNIOR, 2012; JUSTIA, 2017), todavia, antes, é preciso ressaltar um antecedente deste modelo de controle de constitucionalidade estadunidense.

Entretanto, apesar da doutrina, atribuir ao precedente *Marbury vs. Madison*, na presidência do juiz John Marshall, é oportuno salientar que, antes mesmo da Constituição Federal dos EUA de 1787, já houvera outros casos¹⁵ que já antecipavam as diretrizes do *judicial review*.

Curioso, é que o advogado que defendia o cidadão do Estado da Virgínia que pleiteava o não pagamento da dívida com os credores ingleses, com base na Lei Estadual, era John Marshall, que depois viria a ser o relator do emblemático precedente.

O caso *Marbury vs. Madison* se dá quando John Adams, Presidente dos EUA, e seu secretário de estado John Marshall, perdem a eleição para Thomas Jefferson em 04/03/1801, contudo, o ex-presidente antes de deixar o mandato, cria cargos de juízes, midnight judges ou o chamado juiz da meia-noite. Dentre os nomeados estava William Marbury, o qual havia sido nomeado para ser juiz de paz do distrito de Wash, em Columbia, no entanto, ele não foi nomeado pelo ex-presidente, já que a lei que criou os cargos foi editada no último dia do mandato de John Adams.

James Madison acaba sendo nomeado secretário de estado no governo de Thomas Jefferson, e se recusa a dar a carta de nomeação para William Marbury, assim, este ajuíza ação judicial que se processa através de um writ of mandamus, de competência originária da Suprema Corte, haja vista que, havia uma lei federal a qual, previa uma espécie de “foro por prerrogativa de função” ao secretário de estado. Com isso, foi designado o relator para o processo, o juiz John Marshall, este reconhece o direito de William Marbury de receber a sua carta de nomeação, entretanto, ele não decide o mérito da causa, uma vez que, preliminarmente, ele declara inconstitucional a lei que institui o foro privilegiado do writ of mandamus ao secretário de estado, sob o fundamento de que, só quem poderia criar foro privilegiado e atribuições da Suprema Corte era a Constituição Federal e não uma lei.

¹⁵ Trata-se do caso envolvendo *Ware vs. Hylton* ocorrido em 07/03/1796, que discutia o conflito entre uma Lei do Estado da Virgínia de 1779 e o Tratado de Paris de 1783, neste conflito, a Lei estadual previu que, os americanos estavam desobrigados do pagamento de dívidas com credores ingleses, entretanto, o Tratado de Paris que colocou um ponto final na guerra de independência entre EUA e Inglaterra, previa que as dívidas dos credores ingleses deveriam ser pagas pelos norte-americanos. Por isso, trata-se de um caso de recepção da Lei Estadual. O juiz da Suprema Corte dos EUA William Cushing declarou que a Lei Estadual era nula, já que o Tratado fazia parte da Lei Suprema dos EUA, consequentemente, tem a mesma força que a Constituição Federal, e que portanto ele deveria preponderar em face de qualquer lei que entre em conflito com ele. Chama atenção o fato de que o advogado que defendia o cidadão do Estado da Virgínia que pleiteava o não pagamento da dívida com os credores ingleses, com base na Lei Estadual, era John Marshall, que depois viria a ser o relator do emblemático precedente.

O controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos da América quando realizado pela Suprema Corte é dotado de efeito vinculante, também conhecido como *stare decisis*¹⁶ ou *binding effect*, isto posto, Cappelletti¹⁷ aduz que:

muito embora o método americano seja o de um controle difuso que pertence a todos os juízes, inferiores e superiores, estaduais e federais, é também verdadeiro, no entanto, que, praticamente, a última palavra através do sistema das impugnações acaba por competir às Cortes Superiores e, definitivamente, à Supreme Court federal (pelo menos no que concerne à conformidade com a Constituição Federal), cuja decisões, por força da regra do *stare decisis*, são, pois, vinculatórias para todos os outros juízes e não apenas no caso concreto em que a questão tenha surgido.

Esta espécie de controle de constitucionalidade dotado de efeito vinculante, de acordo com MORETO (2012, p.75) é assim caracterizado: “Costuma-se ser dito que essa regra propicia uma quádrupla vantagem: igualdade, segurança, economia e respeitabilidade”

No Brasil, o controle de constitucionalidade só foi instituído na primeira Constituição Republicana, 1891, uma vez que, na Constituição do Império, de 1824, ao Poder Judiciário não cabia a atribuição de atos do Poder Legislativo e Executivo.

Somente com o regime republicano, sobre forte influência do direito norte-americano, e a decisiva participação de Rui Barbosa, é que foi adotado no Brasil o modelo difuso.

Não obstante, cumpre ressaltar que, já na Constituição provisória de 1890, em seu art.58, §1º, a e b, havia previsão do controle incidental de constitucionalidade, contudo, a CF/1891 veio a incorporar definitivamente o *judicial review* em seu art.59, §1º a e b, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal em rever as decisões judiciais das Justiças dos Estados quando estas tratassem da validade de leis ou de atos dos governos locais, em face da Constituição Federal ou das leis federais e, ainda, se o Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnados.

¹⁶ Apesar de ser mais conhecido no controle difuso de constitucionalidade no modelo adotado pelo EUA, a possibilidade de se atribuir efeito vinculante a um precedente, isto é, o *stare decisis* tem origina-se na Inglaterra, a este respeito Moreto relata que “Foi no século XIX que o precedente judicial na common Law passou a assumir eficácia vinculante (*binding precedent*). No julgamento do caso *Beamish VS. Beamish*, conduzido em 1861 por Lord Campbell, restou estabelecido que a House of Lords estaria obrigada a acatar sua própria autoridade nos julgamentos. O entendimento foi reiterado em 1895 no caso *Bradford VS. Pickles* e foi definitivamente reconhecido em 1898 no caso *London Tramways Company vcs. London County Council*. Consolidou-se então na Inglaterra a moderna teoria do *stare decisis* (que, portanto, não nasceu junto com a common Law e com ela não se confunde), concebida por Sir Baron Parke J., segundo a qual o precedente passa a assumir a força obrigatória.” MORETO, Mariana Capela Lombardi. O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-15052013-162737. Acesso em: 2017-07-28, p.75.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. O controle Constitucional das Leis no Direito Comparado, Tradução Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sérgio Anônio Fabris Editor, 1984, p.85.

Todavia, foi na Constituição Federal de 1934 que houveram profundas modificações no modelo de controle incidental de constitucionalidade adotado pelo Brasil, haja vista que, é exatamente neste período que foi introduzido um dispositivo no texto constitucional que regulamenta a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando tenham sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, redação do art.91, IV e art.96 da CF/34).

A partir deste momento, apenas teria eficácia *erga omnes* as decisões do STF em controle difuso, após a deliberação do Senado Federal. Deste modo mesmo o Brasil adotando o modelo estadunidense de controle incidental de constitucionalidade, este foi mitigado, sobretudo com a CF/1934, uma vez que a ausência do efeito vinculante (*stare decisis* vertical – *binding effect*) das decisões judiciais proferidas pelo STF determina, que determina a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário. Diferentemente do que ocorre nos EUA, onde as decisões da Suprema Corte, vinculam todos os membros do Poder Judiciário.

É necessário frisar algumas características peculiares do controle incidental de constitucionalidade no Brasil, dentre elas o objeto deste controle será qualquer lei ou ato de indiscutível caráter normativo, que contrarie à CF/88, a competência será exercida por qualquer juízo ou Tribunal, tendo como parte no polo ativo qualquer pessoa física ou jurídica. No caso concreto, abre-se a possibilidade de deferimento de medida cautelar, qualquer juiz de forma monocrática pode declarar uma norma inconstitucional, a ressalva fica a cargo dos Tribunais, que de acordo com o art.97, da CF/88, a declaração de inconstitucionalidade deverá ser declarada por maioria absoluta dos membros do Tribunal ou por um órgão especial de acordo com o Regimento Interno.

É notória a diferença do sistema brasileiro quando comparado com o estadunidense. Essa diferença reside exatamente nos efeitos da decisão, em que a decisão no controle de constitucionalidade incidenter tantum gera efeitos apenas inter partes e ex tunc. O Supremo Tribunal Federal tem admitido, inclusive, modulação dos efeitos da decisão nos mesmos moldes do controle de constitucionalidade concentrado, o que torna a decisão ex nunc ou pro futuro, porém, para que a decisão judicial gere efeitos erga omnes e ex nunc, é necessário a resolução do Senado Federal, conforme o art. 52, X da CF/88¹⁸, bem como do art.178 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 julho. 2017.

Cedido com isso, que o controle difuso de constitucionalidade adotado no Brasil gera três graves problemas jurídicos que prejudicam o sistema como um todo, dois deles ZAVASCKI¹⁹ apresenta:

Assim, põe-se em foco, objetivamente, a questão como harmonizar a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma no caso concreto com as imposições dos princípios constitucionais da isonomia – que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma Lei quando forem idênticas as situações –, e da segurança jurídica, que recomenda o grau mais elevado possível de certeza e estabilidade dos comandos normativos. (ZAVASCKI, 2014, p.26)

No que tange a segurança jurídica Osvaldo Ferreira Melo²⁰, destaca a dupla importância deste princípio para o Estado:

No Estado Moderno costumava-se priorizar, retoricamente, como um dos fins do Direito, a segurança jurídica, mas essa é moeda de duas faces. Numa está gravada a preocupação com os fins políticos, que Bobbio chama a Política do Poder: é preocupação nítida do Estado a paz social, pois, no alcance desse objetivo, reside a própria estabilidade dos governos, cujos objetivos, então, se confundem com os do próprio Estado. [...] O outro lado da moeda estampa a necessidade de os indivíduos contarem com a certeza de que seus direitos “garantidos” pela ordem jurídica, sejam efetivos.

O terceiro problema reside na completa subversão da interpretação do texto constitucional a luz do neoconstitucionalismo. Consequentemente, se o neoconstitucionalismo dentre outras características, apresenta a soberania da Constituição de forma que não há nenhum poder superior ao outro, cuja supremacia é resguardada pelo STF, outrossim, com a crise de representatividade, restou evidenciado que o Poder Judiciário seria o órgão dotado de maior eficácia no que tange a cumprir a finalidade de decidir sobre questões sociais, sobretudo quando implica em direitos fundamentais da minoria. Interpretar o art.52,X da CF/88 que exige resolução do Senado Federal a fim de que se possa dar efeito erga omnes e vinculante às decisões da Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade é um passo atrás de tudo que constitucionalismo contemporâneo buscou estabelecer, considerando que uma decisão judicial terá seus efeitos subjugados à vontade da maioria representada no Senado Federal.

Neste mesmo norte, José Afonso da Silva²¹ aponta a importância e necessidade de resguardar a supremacia da Constituição:

19 ZAVASCKI, Teori Albino: Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. 3º ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

20 MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de política do direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998, p.38.

21 SILVA, José Afonso da. Curso De Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2006, p.46.

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, bem os governos dos Estados, bem os Municípios ou Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas funções e atribuições nos termos nela estabelecidos.

Ao menos num ponto a CF/88, apesar dos significativos avanços, manteve a soberania do Poder Legislativo.

Oportuno neste momento uma análise da viabilidade e necessidade de mutação constitucional do art.52, X da CF/88, que será objeto de estudo no próximo tópico, inclusive abordando as inovações do Novo Código de Processo Civil brasileiro.

4. A força dos precedentes nos EUA: *stare decisis* ou *binding effect* (efeito vinculante) das decisões da Suprema Corte

O debate sobre o efeito vinculante no controle de constitucionalidade realizado pelo STF, especialmente com o Novo CPC, reforçou um debate sobre as aproximações, influências ou mesmo referências alusivas em termos de comparações entre os sistemas de *common law* e do *civil law*.

De logo importa registrar em termos até históricos que o direito moderno significa pensar num direito dogmaticamente organizado, e assim, ambas as tradições de sistemas jurídicos são caracterizadas pela inegabilidade dos pontos de partida e proibição do *non liquet*.²² Logo, o que vai diferenciar os sistemas de civil e *common law* não é a natureza da organização dogmática, mas a estruturação das fontes, ou seja, como a citada inegabilidade dos pontos de partida é disposta. No sistema do *civil law* há uma prioridade nas fontes legislativas, leia-se aí a norma produzida pelos poderes legislativo e executivo. Como fonte secundária estão as fontes jurisprudenciais, não obstante se situarem ao lado das fontes legislativas enquanto fontes estatais porquanto se originam na atuação do Estado através de seus poderes.

É de se destacar que no *common law* a inversão em comparação com o *civil law* se dá no âmbito interno das fontes estatais. Em vez de priorizar as fontes legislativas, o que não significa um desprezo por elas, apenas se enfatiza em primeiro plano um modo de decidir que recorre primeiramente ao que os juízes decidem, parafraseando o Ministro da suprema corte americana, Benjamin Cardozo.²³²⁴ O que os juízes decidem é a fonte jurisprudencial, na nomenclatura utilizada na doutrina pátria, que na linguagem

22 ADEODATO, João M. Ética e retórica. Saraiva: São Paulo, 2009, p.353.

23 FREITAS, Lorena. O realismo jurídico como pragmatismo: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, p.13.

24 CARDOZO, Benjamin Nathan. The nature of judicial process. New York: Dover, 2005, p.121.

americana equivaleria ao costume jurídico. Importa aqui perceber que o conceito de costume jurídico no Brasil se refere às práticas sociais reiteradas com convicção de jurisdição e que se situam não no plano das fontes estatais, mas dentre as fontes não estatais, já no inglês, o sentido de costume jurídico faz alusão ao costume de como os tribunais decidem o que equivaleria às nossas chamadas fontes jurisprudenciais, isto é, normas oriundas do poder judiciário.

Cardozo²⁵ se refere ao precedente dizendo que “*adherence to precedent must then be the rule rather than the exception if litigants are to faith in the even-handed administration of justice in the courts*”. De forma mais objetiva, Gray²⁶ explica que “*the true view, as I submit is that the law is what the Judges declare; that statutes, precedents, the opinions of learned experts, customs and morality are the sources of the law*”.

Precedente é, pois, a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JR., 2008, p.347). A Suprema Corte do Estado da Califórnia, ao explicar o conceito de “stare decisis”, assim concluiu: “under the doctrine of stare decisis, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction”(Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court).

O princípio, assim entendido pelos norte-americanos, é dividido em dois componentes: O *binding authority*, onde prevalece a decisão proferida pelo Tribunal Superior, presente sua autoridade vinculante em relação aos julgados proferidos na instâncias inferiores, de situação análoga. Há, ainda, o *persuasive precedent*, que apresenta apenas força persuasiva. Os juízes seguirão o precedente persuasivo, a menos que haja forte razão de não aplicá-lo ao caso concreto. O precedente é persuasivo, não vinculante. O juiz pode afastá-lo, desde que fundamente. O precedente ainda é dividido em duas partes: A *ratio decidendi*, ou *holding*, é a tese principal discutida no caso concreto, importante para a motivação da decisão E o *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), argumentos utilizados apenas de passagem, sem qualquer eficácia relevante para a decisão.²⁷

5. Efeito vinculante dos precedentes do stf no controle incidental de constitucionalidade e a mutação constitucional do art.52, x da cf/88

Até aqui restou evidenciado que, com o advento do neoconstitucionalismo, os precedentes judiciais ganharam maior relevância no sistema jurídico brasileiro,

25 Ibid., p.122.

26 GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (ed.). American Legal realism. New York: Oxford University Press, 1993, p.34-38.

27 COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A “stare decisis” da common law: semelhanças no efeito vinculante brasileiro? In: Revista Âmbito Jurídico. Constitucional. Nº 162 - Ano XX - JULHO/2017.

demonstrando, com isso, um movimento de maior aproximação entre os sistema *civil law* e *common law*.

O novo CPC/2015 brasileiro apresentou inovações legislativas que demonstram a importância dos precedentes judiciais. Citem-se, como exemplos, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976 a 987 e o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, previsto nos art. 1.036 até o 1.040, ambos daquele diploma legal.

Os dois institutos citados anteriormente trazem duas semelhanças no que tange ao efeito vinculante dos precedentes judiciais. O primeiro efeito é a possibilidade de suspensão dos processos individuais que tratam da matéria que está sendo objeto do incidente ou do recurso a fim de garantir a segurança jurídica, e o segundo efeito é a força vinculante da *ratio decidendi* para todos os casos análogos.

Marinoni²⁸ ressalta as principais características trazidas pelo novo CPC/2015, que demonstram a importância dos precedentes judiciais como fonte do direito, bem como, do efeito vinculante:

Rigorosamente, o incidente de resolução de demandas repetitivas constitui na essência incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante (art. 985), possibilidade de suspensão de casos análogos (arts. 982, I), de participação da sociedade civil em geral no seu julgamento (art. 983) e de reclamação para a inobservância da autoridade do precedente firmado (art. 985, § 1º). Sua previsão foi uma das razões pelas quais o Projeto propôs a suspensão do incidente de uniformização de jurisprudência.

Em atenção a força vinculante dos precedentes judiciais do STF, quando do controle incidental de constitucionalidade, o novo CPC regulamentou o instituto da repercussão geral de forma a revelar a importância dos precedentes da Suprema Corte. Do mesmo modo, Dirlei Nunes, Bahia e Pedron²⁹, explicam as inovações trazidas normativas:

Julgado o caso, a *ratio decidendi* da decisão servirá de fundamento para o julgamento de todos sobrestados e para os casos futuros sobre a mesma temática – o §11 estabelece que a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valera como acórdão

É notório que as inovações da legislação processualista infraconstitucional brasileira acompanha a sistemática da força dos precedentes judiciais inaugurada, sobretudo, com a Emenda Constitucional n 45.

28 Id. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010, p.177-178

29 DIRLEI NUNES, Humberto Theodor; ALEXANDRE, Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC- Fundamentos e sistematização. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Um ponto que merece destaque, já que evidencia a inadequação da norma constante no art.52, X da CF/88, com a sistemática processual atual e com o neoconstitucionalismo, é o art.525³⁰, §1º, III e o §12º do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 10 Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 10 deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. (grifo nosso)

Ora, analisando o dispositivo acima transcrito, podemos observar de forma clara um retrocesso para o sistema normativo brasileiro, considerando que o precedente judicial firmado pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, para ter efeito vinculante garante, assim, a segurança jurídica e a isonomia, evitando, com isso, a judicialização de ações cujos objetos sejam idênticos, necessitando de uma resolução do Senado Federal, todavia, o mesmo precedente poderá servir para relativizar coisa julgada.

A respeito do instituto da inexigibilidade de título judicial firmado em decisão transitada e julgada, cujo fundamento foi declarado inconstitucional pelo STF, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, Zavascki³¹ ensina:

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse ultimo caso haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta. Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF tanto em ação direta quanto nas proferidas em via recursal, estas também com natural vocação expansiva, conforme já demonstrado, a evidenciar que está ganhando autoridade a recomendação da doutrina clássica, de que a eficácia erga omnes das decisões que reconhecem a

30 Brasil. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 julho. 2017.

31 ZAVASCKI, op. cit., 187-188.

inconstitucionalidade, ainda que incidentalmente, deveria ser considerado “efeito natural da sentença”.

Neste mesmo norte, Marinoni³² ressalta a importância dos precedentes judiciais terem efeito vinculante quando emanados do STF e do julgamento no caso do controle difuso de constitucionalidade ao fazer uma crítica ao modelo adotado pelo Brasil, conforme preceitua o art.52, X da CF/88:

Uma simples decisão tomada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, não importa a qualidade da maioria obtida, não pode deixar de vincular o próprio Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais e juízes. Não há razão lógica para se exigir decisões reiteradas, a menos que se parta da premissa de que o Supremo Tribunal Federal não se importa com a força de cada uma das suas decisões e supõe não ter responsabilidade perante os casos futuros. Tal premissa, ainda que pudesse ser válida dentro de um sistema puro de *civil law*, é incompatível com um sistema estruturado sob o controle difuso da constitucionalidade, que, necessariamente, deve contar com uma Corte superior capaz de fazer prevalecer as suas decisões, sobre si e os demais juízes, para dar segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados. A compreensão da necessidade de cada uma das decisões do Supremo Tribunal Federal vincular ao próprio tribunal e aos demais juízes advém da premência de se dar sentido à função da mais alta Corte brasileira diante do sistema de controle de constitucionalidade. Não há racionalidade em supor que apenas algumas das suas decisões, tomadas no controle difuso, merecem serem respeitadas pelo próprio tribunal e pelos demais juízes, como se o jurisdicionado não devesse confiar nas decisões do Supremo Tribunal Federal antes de serem sumuladas. Ora, isso seria o mesmo que supor que a segurança jurídica e a previsibilidade dependeriam das súmulas e, por consequência, que o próprio Poder Judiciário, diante do sistema ao qual é submetido, não teria capacidade de responder aos seus deveres e aos direitos fundamentais do cidadão perante a justiça.

Autentica com isso, a opção do legislador brasileiro em preferir um sistema jurisdicional que incentiva a reforma de decisões judiciais ou até mesmo a relativização da coisa julgada, por isso, tornando o controle difuso de constitucionalidade repressivo, pois o precedente judicial firmado neste caso pelo STF terá o condão de até relativizar a coisa julgada, todavia não de prevenir que outros casos de inconstitucionalidades sejam praticados.

Sobre a insegurança jurídica causada pela não observância dos precedentes judiciais por parte dos órgãos jurisdicionais que estão subordinados a Suprema Corte causam na sociedade, Carmona³³ aduz:

Conviver com a divergência torna-se, nos dias que correm, completamente insuportável. A afirmação à primeira vista politicamente incorreta, faz todo o

32 MARINONI, op. cit., p. 44-45.

33 apud, PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisprudência: da divergência à uniformização, São Paulo, Atlas, 2006.

sentido para os operadores do direito e para todos aqueles que acreditam na função educativa do processo: sempre que os tribunais discordam sobre a interpretação da lei, sempre que os órgãos fracionários das cortes dissitem quanto à aplicação da lei, sempre que os juízes destoam dos tribunais aos quais, funcionalmente, estão subordinados, instaura-se uma crise, que acaba afetando, direta ou indiretamente, toda a sociedade. Cumpre ao Estado, portanto, na busca de um processo que pretenda cumprir, entre outros escopos, o educativo, estimular os meios de sanar esta verdadeira perturbação que o dissenso tende a provocar.

Não se pode atribuir o excesso de demandas e reformas de decisões a aplicação de precedentes judiciais, destarte, Meneguín e Bugarín³⁴ (2014, p.35) fazem um comparativo entre o sistema de precedentes nos EUA e no Brasil a luz dos números de reformas de decisões judiciais na instâncias recursais:

Basta analisar a média para ver a discrepância entre a justiça brasileira e a americana. A média da taxa de reforma nos Estados Unidos é 8,58% no período de 2009 a 2012, enquanto o Brasil apresenta 26,8% para a Justiça Federal e 36,19% para a Justiça Estadual.

Assim, não há como evitar uma comparação com o aspecto que positivamente se destaca do sistema jurídico americano, no que toca à estabilidade e segurança jurídica, que a força dos precedentes traz para as decisões no sistema americano. Com isso, não quer sequer concluir apressada e valorativamente pela indicação daquele sistema como referência para o nosso, até porque a discussão não é objeto deste artigo, mas apenas pontuar o que não deixa de ser um aspecto relevante e que cria uma flagrante diferenciação em relação à prática jurisdicional brasileira.

Necessário diante de todo o exposto a mutação constitucional do art.52,X da CF/88, afinal o controle difuso de constitucionalidade possibilita uma maior participação de toda a sociedade na interpretação da Constituição³⁵, uma vez que, demandas reiteradas tratando da mesma matéria verificadas através da repercussão geral ou até mesmo do incidente de resolução de demandas repetitivas possibilitam ao STF quando do controle de constitucionalidade nestes casos uma maior proximidade com o entendimento daqueles que vivem as normas.

34 MENEGUÍN, F. B.; BUGARÍN, M. S. Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 05 nov. 2014.p.35

35 Sobre esse assunto, HÄBERLE demonstra a importância do intérprete considerar a opinião daqueles que vivem a norma: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.14.

6. Considerações Finais

O presente trabalho discutiu os efeitos do neoconstitucionalismo no âmbito da jurisdição constitucional, notadamente as transformações nas fontes do direito e na técnica legislativa, conhecendo os precedentes judiciais como fontes do direito, bem como, os princípios como norma jurídica autônoma.

O protagonismo do Poder Judiciário no exercício da função de guardião da Constituição e da supremacia desta.

Apesar do Brasil ter adotado o modelo americano de controle difuso de constitucionalidade, dele se afastou, considerando que o modelo estadunidense buscou reguardar a supremacia do texto constitucional ao garantir ao Poder Judiciário a função de guardião dela, ao conceder efeito vinculante das decisões no controle de constitucionalidade supracitado.

Outrossim, embora o neoconstitucionalismo tenha avançado na aplicação dos precedentes judiciais como fonte do direito especialmente nos países de tradição *civil law*, no Brasil a CF/88 limitou os efeitos das decisões judiciais do STF no controle difuso de constitucionalidade, submetendo o efeito vinculante destas decisões a deliberação do Senado Federal, norma repetida desde a CF/34.

Notório com isso a subversão do sistema de precedentes inaugurado com o neoconstitucionalismo que tanto influenciou a CF/88, embora as alterações das normas infraconstitucionais reforcem o caráter vinculante dos precedentes judiciais, como por exemplo, o novo CPC/2015.

Resta evidenciado que mesmo com o esforço do legislador infraconstitucional em garantir o efeito vinculante as decisões do STF no controle difuso de constitucionalidade, o novo CPC criou situações que fragilizam a jurisdição constitucional, em especial no caso da relativização da coisa julgada prevista no art.525, §12º do diploma processual, haja vista que, este aceita o precedente judicial firmado pelo STF no controle incidental de constitucionalidade para relativizar a coisa julgada, o que pode acarretar na revisão dos efeitos de decisões judiciais transitadas em julgadas, porém o mesmo precedentes que relativiza a coisa julgada não tem o efeito de influenciar ou vincular o entendimento do órgão julgador que acarretaria maior previsibilidade dos julgamentos por parte dos jurisdicionados.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário através da mutação constitucional adequar a melhor interpretação do art.52, X do texto constitucional e garantir a supremacia da Constituição, bem como, a segurança jurídica e um tratamento isonômico entre os jurisdicionados.

Referências

ADEODATO, João M. **Ética e retórica**. Saraiva: São Paulo, 2009.

- ÁVILA, Humberto. “**Neoconstitucionalismo**”: Entre A “**Ciência Do Direito**” E O “**Direito Da Ciência**”, Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo E Constitucionalização Do Direito (O Triunfo Tardio Do Direito Constitucional No Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 28 Jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em : 28 julho. 2017.
- _____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 julho. 2017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3^a ed., Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Constitucional das Leis no Direito Comparado**, Tradução Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Sérgio Anônimo Fabris Editor, 1984.
- CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.
- CASE: Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court, [57 Cal. 2d 450](#) (1962).
- COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A “stare decisis” da *common law*: semelhanças no efeito vinculante brasileiro? In: **Revista Âmbito Jurídico. Constitucional**. Nº 162 - Ano XX - JULHO/2017.
- DIRLEI NUNES, Humberto Theodor; ALEXANDRE, Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC- Fundamentos e sistematização**. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de La Antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martinez Neira, Editora Trotta, p.90, Madrid, 2001.
- FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo**: Acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.
- GRAY, John Chipman. The nature and sources of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.

- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- Hamilton, Alexander, **O Federalista**, Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em: 28 Jul. 2017.
- HESSE, Konrad; FARBIS, Sérgio Antônio, Tradução MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre.1991.
- JUSTIA US Supreme Court. **Marbury v. Madison.** Volume 5 U.S. 137 (1803). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em jul./2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica Entre As Jurisdições De Civil Law E De Common Law e a Necessidade De Respeito Aos Precedentes No Brasil**, REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, n49 – UFPR – CURITIBA, 2009. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031>. Acesso em: 28 Jul. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v49io.17031>
- _____. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: RT, 2010.
- MARX, Karl. **Os Despossuídos: Debates sobre a Lei referente ao furto de madeira.** Tradução de Nélio Schneider; Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2017.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito.** Porto Alegre: Sérgio Fabris/UNIVALI, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENEGUIN, F. B.; BUGARIN, M. S. **Regulação Ótima e a Atuação do Judiciário: uma Aplicação de Teoria dos Jogos.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Novembro/2014 (Texto para Discussão nº 160). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 05 nov. 2014.
- MOLLER, Max. **Toeria Geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro. 2012.** Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. doi:10.11606/T.2.2012.tde-15052013-162737. Acesso em: 2017-07-28.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência: da divergência à uniformização**, São Paulo, Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso De Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

URIBES, José Manuel Rodriguez. **Sobre La Democracia De Jean-Jacques Rousseau**, Madrid: Dykinson, 1999.

ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia**. Traducción: Marina Gascón, Madrid: Eitora Trotta, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino: **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 3º ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

O OLHAR E O OUVIR: A EMPATIA NA FUNCIONALIDADE DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Carmen Caroline do Carmo Ferreira Nader¹

Universidade Iguaçu. Nova Iguaçu/RJ/Brasil

Luciane Mara Correa Gomes²

Centro Universitário Augusto Motta

Sumário: Introdução; 1. Mediação de conflitos: Conceitos e características; 2. Aportes sobre os agentes sociais envolvidos na mediação; a) A mediação vista pelos indivíduos; b) A dualidade de interesses nos conflitos; c) O papel do mediador; 3. Empatia no Brasil Segundo dados da Universidade de Michigan (2016); Considerações finais; Referências

Introdução

Na sociedade moderna, conta-se com uma gama de leis, criadas sem um comprometimento dos legisladores, muitas sem a certeza de ser mais um emaranhado de palavras e frases que não garantem coisa alguma e outras tantas, que só surgiram a partir de um movimento deflagrado, após um mal maior. Esta mobilidade da legislação é uma das causas profundas da crise do direito que deslocam os sujeitos para a incerteza, impedindo-os de contar com o futuro, obrigando-os a modificar incessantemente sua conduta e fazendo-os duvidar do valor das leis.

É de se considerar, que na sociedade contemporânea o Direito, como ciência, consegue abarcar os fatos éticos, políticos, morais e jurídicos a serem regulados. Porém, ousa-se afirmar que, pela jurisprudência, poderá o juiz equitativamente, por uma interpretação mais elástica da norma, atingir a finalidade da doutrinação da demanda posta a resolução pelo Estado.

Permitindo um fracionamento da norma e traçar uma absorção do maior número possível de interesses a serem protegidos ou regulados pelo instrumento, dá ao legislador uma maior utilidade ao ato normativo, mas esta redação fica recolhida a interpretação epistemológica.

Seguindo o caminho trilhado pela Sociologia e seu objeto de pesquisa – fato social – há pontos em que a lei não revela o seu conteúdo e esta investigação deve ser conduzida pelo juiz enquanto analista da situação concreta. Esta condução se feita restritivamente

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bacharel em Direito pela Universidade Iguaçu. Advogada. Professora da Universidade Iguaçu. Nova Iguaçu/RJ/Brasil. carmencaroline@gmail.com.

² Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Ciências Jurídicas e Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora no Centro Universitário Augusto Motta. Endereço eletrônico: lucianemara@uol.com.br. <http://lattes.cnpq.br/7142619530244859>

no campo semântico da lei não terá a devida resposta de composição social de interesses em colisão.

Analisar juridicamente um fato social sem que haja a devida previsão legal para o objeto discutido é um exercício realizado a partir da perspectiva de mera metodologia interpretativa extensiva à norma pré-existente. Desta forma, é viável avaliar que a função do juiz ao decidir se realiza, não só sob os parâmetros positivistas, mas também num compromisso com a Sociologia de trazer para o julgado aquilo que melhor proveito tiver para os conflitantes.

Pensar que se faz Justiça apenas com uma sentença judicial é o meio de tornar operacionalizado o Poder Judiciário. Lamentável, pois este é o discurso de quem vê apenas os números sem desvendar o véu do conteúdo dos julgados. A solução para estender o atendimento à sociedade, principalmente, a camada menos favorecida não é manter advogados suficientes para dar atendimento individual de primeira categoria a todos os indivíduos que não possuam condições de arcar com as despesas inerentes a demandas judiciais. Esta mesma carência pode ser enxergada em diversas classes sociais, e deve-se fundar o atendimento jurídico por parte do Estado que rompeu as barreiras, tanto da acessibilidade quanto da essência da decisão a ser prolatada.

Como encontrar o ponto médio para este homem moderno, sobre o qual jaz a culpa da explosão de litigiosidade havida após o último quarto do século XX, quando o excesso de mazelas sociais lançou a sociedade para o esclarecimento de seus meios de garantir as promessas de um Poder Judiciário democrático é realizar a solução dos conflitos, sem que haja uma desvalorização, quando haja a opção pelos meios alternativos.

Não é admissível à guisa de aplicar a lei como única forma de acomodação de conflitos, considerar a autonomia da vontade do sujeito de direitos um acesso de patamar inferior. Assim, quando se confere a assistência judiciária ao indivíduo, também deve-se apresentar outras escolhas para que a sua participação democrática seja preservada. Por este viés, a pesquisa, ao delimitar o papel da mediação como meio de solução de conflitos sem o ritualismo do processo, pretende verificar se o instituto coopera, através de seu objeto de atuação, trazendo a resposta para ambas as partes interessadas, para de forma satisfatória a entrega de uma prestação célere e num tempo razoável, de forma igual à jurisdição.

Por este aspecto é preponderante o corte que deve ser feito para compreender o distanciamento entre a universalização do acesso a prestação jurisdicional pelas pessoas hipossuficientes e o efetivo acesso à Justiça, pois não basta garantir o direito à distribuição de uma demanda no Poder Judiciário, salutar se faz obter o auxílio de um advogado para promover a defesa das partes ou até mesmo decifrar as leis cada vez mais complexas. Seguindo esta ideia, é importante pontuar que a pesquisa se ocupa de blocos teóricos destinados a compreender a mediação como uma das hipóteses de alcançar o resultado prático pretendido através da solução dos conflitos sociais que se perpetuam

para além da situação que originou a colisão de interesses dos atores sociais. Para tanto, investiga o papel do homem na sociedade contemporânea como portador de direitos.

Estabelecendo como marco teórico para a definição do papel da mediação no campo da administração de conflitos Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Klever Paulo Leal Filpo, com o recorte conceitual nos princípios procedimentais as considerações de Fernando Fama de Miranda Netto.

Num segundo tempo, em que se compara indivíduos em situação de desequilíbrio por sua condição social, econômica e cultural, há concentração nos esforços de tornar pela estrutura estatal do Poder Judiciário a ruptura destas barreiras com a acessibilidade à prestação jurisdicional e como pode ser o acesso satisfatório aos níveis sociais, econômicos e culturais, com a garantia de receber do Estado não só a dinâmica do acesso ao Poder Judiciário, com otimização da distribuição de ações, mas também o acesso à Justiça como signo de democracia.

Assim, é plausível afirmar que, obter o acesso à Justiça, através da mediação, é buscar como meio de equilíbrio valores que trespassam o reconhecimento do acesso à prestação jurisdicional de forma célere ao método de decisão, encetando as ponderações da hermenêutica na esfera processual em Lenio Luiz Streck e Piero Calamandrei.

A organização deste estudo se realiza por levantamento bibliográfico, a partir da compilação de livros especializados, trabalhos publicados em revistas e com a finalidade de alcançar a metodologia da pesquisa documental, em bases de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1. Mediação de conflitos: Conceitos e características

As demandas sociais levadas ao Poder Judiciário têm recebido do meio acadêmico uma especial atenção não só pelo que o seu reflexo traz para a sociedade, como também para entender que há falha na eficiência do Estado no cumprimento de seu papel de regrador das atividades dos indivíduos. Esta resposta para as mazelas advindas dos conflitos interindividuais também repercute no sistema do Poder Judiciário, que interage na entrega desta resposta posta à pacificação ao seu destinatário num tempo hábil e eficaz, sem interferências externas ou internas a prejudicar, ou melhor pautando, prolongar sua postura.

Entender o ritualismo do Poder Judiciário, através dos atos processuais tanto dos envolvidos, quanto do juiz e dos auxiliares da justiça é uma odisséia da qual, sinteticamente, se buscará fazer para aclarar a compreensão da ordem jurídica pelo homem mediano que tem a necessidade de recorrer ao Estado para ter a garantia de um direito violado. O desenvolvimento do processo dá-se por atos que são praticados pelas partes conflitantes e, por vezes, por agentes que sequer têm conhecimento do que ocorre naquela relação social. Estes atos processuais são cadenciados por um ritmo a ser

adotado no momento que o conflito social já está instalado e não pode mais ser suportado e sufocado pelos envolvidos, sem argumentos ou razões para diminuir esta área de atrito.

O papel do Estado, sedimentado pelo pacto social, ao dizer a quem a norma jurídica protege neste contexto de posições contraditórias é de suma importância na contenção dos conflitos na medida em que há necessidade e expectativa das partes. Por esta razão, tanto as ciências jurídicas quanto as ciências sociais devem se ocupar para que a ordem social não transmute para a ordem do caos, uma vez que, para que o Estado seja o mais democrático possível, é preciso repartir, desconcentrar os poderes que o mesmo possui, para não ser suscetível à tentação de oprimir pela tirania. Seria trocar uma violência por uma opressão, e este, definitivamente, não é o fim último de um Estado voltado a manter a unidade e a igualdade nem aquilo que busca o indivíduo.

Com a repartição dos poderes, coube ao Poder Judiciário a competência de fazer da jurisdição a sua fala dominadora, subordinando a sociedade ao seu *imperium*. Esta interface de comandos se operacionaliza dentro de um processo judicial, oportunizando a cada um dos partícipes a voz e a atuação nesta dinâmica, visto que a ordem jurídica vai estruturar a estes agentes, em coordenação, os parâmetros de agir sem causar desigualdade, sem violar a ordem pública a qual o processo está subordinado. Esta cadência nem sempre segue o ritmo que a realidade social requer da ação do Poder Judiciário.

Partindo da premissa conceitual de que a mediação é pautada no diálogo estabelecido entre as partes com a ajuda de um mediador, que é um profissional capacitado pelo Tribunal de Justiça dos Estados, cabe ponderar que a falta dele é geradora de inúmeros conflitos. Pretende a mediação reiniciar o diálogo perdido, geralmente o principal causador dos litígios, especialmente no que tange às questões familiares, em geral questões que versam sobre relações continuadas ou de múltiplos vínculos, o que lhes atribui múltiplos conflitos. Contudo, ainda quando do restabelecimento desse diálogo, como se chegar a um acordo satisfatório para ambos quando lhes falta a capacidade de olhar sob o ponto de vista do outro? Mais do que a falta de diálogo, é a falta de empatia que impede a resolução dos conflitos, na medida que, dono da minha própria verdade, torno-me incapaz de olhar por um prisma diverso, capas de obter diferentes posicionamentos sobre o problema estabelecido. Fato é que a função do mediador capacitado torna-se essencial para a realização de tal mudança de olhar, o que eleva sobremaneira a necessidade de qualificação multidisciplinar deste profissional, pois o conflito jurídico passível de mediação se estabelece no âmbito das subjetividades sensíveis.

Sendo assim, o mediador, ainda que capacitado pelo Tribunal de Justiça, para propiciar essa mudança, deve não só conhecer seu ofício, mas estar atento e sensível às falas e, especialmente, aos silêncios que se mostram nas sessões de mediação. A despeito de ser uma etapa pré processual elencada na Lei 13.105 de 2015, esta não é obrigatória, podendo ser dispensada pelas partes de modo geral. Porém, nas ações de família, tal

etapa é obrigatória, o que talvez demonstre que o legislativo entendeu que tais conflitos não só podem, como devem passar ao menos por uma tentativa de mediação.

Ainda não é claro se isso traz ou não efetividade para esse tipo de demanda, ainda mais se tratando da subjetividade do conceito de efetividade. Porém, partindo de uma idéia aparentemente difundida no judiciário de que mediações efetivas são aquelas onde se obtém acordo, e, conseqüentemente, não efetivas aquelas em que as partes não comparecem ou não fazem acordo, será possível observar, ao menos quantitativamente, a possibilidade de sucesso ou insucesso. É “lugar comum” ouvir que os operadores do direito de modo geral são uma mescla de outras áreas profissionais, destacando-se a da psicologia, na medida em que é necessário que ouçam atentamente a parte que para então sugerir a solução que lhe pareça mais adequada. Porém, o que se observa é que há muito o judiciário deixou de “ouvir” e de “olhar” as partes individualmente, seja pelo aumento do número de demandas, seja pela falta de pessoal ou mesmo pela ausência de profissionais capacitados. Fato é que, no momento em que “avoca” para si a função de promover a mediação, não parece estar diminuindo a quantidade de demandas, e sim, agigantando-se perante elas. Desta forma, a proposta da mediação de conflitos talvez seja um mecanismo efetivador de cidadania, na medida em que se propõe a educar para a resolução autônoma dos conflitos.

Quanto a esse aspecto, não é forçoso entender que somente a capacitação do mediador é capaz de propiciar a possibilidade de contemplar a assertiva, de modo que se cumpre perguntar se seria, de fato, o profissional ligado ao direito, o mais indicado para tal situação. Acostumado a medir o sucesso ou insucesso com base na procedência ou não de uma ação, muitas vezes esses profissionais não foram “educados” para olhar e ouvir as necessidades latentes nos conflitos que se apresentam, até desaconselhando acordos, pautados na máxima de “ganhar-perder” que norteia os processos tradicionais.

O conflito é comum ao ser humano, e três são as formas de se obter a solução do conflito de interesses: Autotutela (ou autodefesa, que é a solução violenta do conflito pela força, permitida pelo Ordenamento somente em situações excepcionais, não podendo ir além do indispensável), heterocomposição (solução atribuída exclusivamente a terceiros) e autocomposição (solução pacífica e por meio dos próprios interessados, muitas vezes mediante intervenção de um terceiro).

A expressão “meios alternativos de resolução de conflitos” é relativamente recente, segundo El-Hakin (1997, Apud, AMARAL, 2009, p.61), sendo originada das *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, que se desenvolveu nos EUA da década de 1980, como alternativa a justiça tradicional centrada na figura do juiz. Tais métodos existiriam desde as primeiras sociedades humanas, já que alguns autores destacam que arbitragem teria surgido na Babilônia 3 milênios AC como combate à autotutela, utilizada pelo homem desde épocas remotas. Era usada por líderes religiosos e políticos, possibilitando o diálogo e promovendo a aptidão das partes em encontrar soluções consensuais para a resolução de conflitos. O paradigma de “ganhar-perder” é substituído por “ganhar-

ganhar”, já que o método tradicional privilegia o litígio, enquanto os meios alternativos privilegiam o diálogo.

O Projeto Florença de Acesso à Justiça, estudo pioneiro realizado em 1978 patrocinado pela Fundação Ford, teve como objeto de estudo os meios alternativos de resolução de conflitos, no qual se concluiu pela necessidade de utilização de formas conciliatórias e alternativas, além de tribunais especiais compostos por juízes leigos. Segundo Capelletti, “há situações em que a justiça conciliatória é capaz de produzir resultados que, longe de serem de “segunda classe”, são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso (CAPPELLETTI, 1994, p. 126), especialmente nos conflitos de vizinhança e família, por envolver uma relação complexa e permanente.

Para compreender a mediação, é preciso enxergá-la como procedimento que permite às partes tomarem suas próprias decisões. Está firmada no princípio da dignidade humana em seu sentido mais amplo, onde o poder de decisão das partes está implícito na liberdade conferida para que direcionem a solução das controvérsias. Liberdade seja exercida da melhor forma, é preciso que as partes tenham ciência das opções possíveis. Isso garante-lhes autonomia e igualdade de armas, no sentido de propiciar equilíbrio da resolução dos conflitos apresentados, segundo Vasconcelos (2015, p. 140):

Somos fundamentalmente iguais pela nossa origem e pelo nosso destino. Iguais na nossa natureza humana. Ter ou não ter bens não implica ser mais ou menos humano. A igualdade está relacionada à dignidade humana. Não se trata de igualdade absoluta, mas de igualdade de tratamento jurídico e de oportunidades.

Sendo as partes educadas a dialogar, e conhecedoras dos mecanismos que envolvem a mediação, podem de fato empoderar-se, trazendo a solução efetiva de seus conflitos. Com a não competitividade no processo de mediação, o que se busca é que passe a existir no diálogo entre as partes envolvidas no conflito, um clima de cooperação e comunicação eficiente.

Segundo Tartuce (2015, p.163) “a *distribuição de justiça* comporta inegável relevância pública, sendo essencial contar com a atuação do Estado de forma marcante e eficiente em todos os sentidos”. Nesse sentido, é importante pontuar que não cabe ao Estado somente oferecer condições do indivíduo obter tais prestações, mas também fornecer mecanismos para reivindicar este alcance.

A mediação tem por finalidade a solução do conflito e principalmente a preservação da relação amigável entre as partes, conservando os laços, garantindo a autonomia e, quiçá, prevenindo litígios futuros. Indivíduos autônomos e conscientes de seus direitos e deveres, têm menor tendência ao litígio, em especial aqueles chamados na expressão norte-americana de *frivolous lawsuit*, ou, processos judiciais inúteis, considerados assim os que servem apenas para abarrotar o judiciário.

Longe de desmerecer as decisões de um processo judicial, busca a mediação auxiliá-lo, retirando de sua alçada questões que podem ser resolvidas de forma consensual, para que o mesmo possa se preocupar somente com questões de fato relevantes, como as que versam sobre os direitos indisponíveis, e aquelas que discutem relações de forte desequilíbrio entre as partes de forma econômica, tornando mais viável o acesso à justiça, propiciando a cidadania efetiva. A considerar que no caso das violações de direitos humanos, o poder judiciário interno não é capaz de efetuar uma resposta célere e a resolução das causas precisa ser cada vez mais rápida, o que as torna massificadas, insatisfatórias e pouco efetivas, não cabendo espaço para a análise do caso concreto e significação da norma. Segundo Vasconcelos (2015, p.45):

O direito não se confunde com a norma textual, nem pode ser conquistado por meio de processo puramente lógico de subsunção do fato a esse texto, pela via de conclusão silogística. Daí por que, especialmente no direito constitucional, os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo, mas a aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo, mas não vai além da norma, em seu âmbito material, na significação obtida a partir do caso particular.

A mediação busca encurtar a distância existente entre a Justiça e a sociedade, incentivando os cidadãos a atuarem de forma efetiva na solução dos conflitos, atendendo assim suas necessidades. O objetivo da mediação é conduzir as partes à solução do problema sem interferir efetivamente de forma direta, utilizando técnicas de negociação e amenizando as emoções acaloradas. São elementos necessários para a realização de mediação: partes em litígio (pessoas físicas ou jurídicas), efetivo conflito de interesses e um mediador neutro (terceiro não interessado).

2. Aportes sobre os agentes sociais envolvidos na mediação

a) A mediação vista pelos indivíduos

O homem mediano tem a estrita necessidade de estar inserido numa sociedade constituída por paradigmas, como se visualiza no ambiente acadêmico, no núcleo religioso, ou até mesmo no local de trabalho. Seguir as matrizes conceituais de fatos sociais é importante para se entender que numa sociedade com culturas massificadas, como mais um, este indivíduo é lançado num ambiente onde a pluralidade de informações, contratos e relações jurídicas são despejados sob a mesma forma. O Estado, que assume a postura de reger a vida em sociedade num parâmetro global, vai requerer cada vez mais mecanismos de controle e de condução do indivíduo. Refletindo acerca de uma sociedade onde a zona de colisão de interesses está muito mais próxima dos ruídos de comunicação entre indivíduos, empresas e Estado, a posição beligerante será a via preferencial para resolução de conflitos que poderiam ser, a princípio, solvidos no diálogo, até para que as pessoas, físicas e jurídicas, se sintam inseridas na proteção de sua cidadania e de suas personalidades, alcançando seu direito de acesso à Justiça.

Na visão deste indivíduo, conseguir sua cidadania é no sentido de preterir a negociação, a composição pacífica das controvérsias, alcançar uma lide com a obtenção de uma prestação jurisdicional a fim de valorar a Justiça da decisão, como se fosse um troféu. Neste espaço, faz-se necessário abrir uma lacuna para se entender a virtude da Justiça, ou, melhor dizendo, a Justiça como virtude a ser satisfeita ou ser apaziguada a composição do conflito por outros meios senão a propositura de uma lide, parafraseando Platão, ao dizer que justo é dar a cada um o que lhe pertence. Como encontrar o equilíbrio para este homem moderno submetido a uma carga de litigiosidade excessiva pelas mazelas sociais sem que se sinta inferior pela opção aos meios alternativos de solução de conflitos, posto que um dos propósitos básicos da lei é resolver o conflito, e a solução do conflito geralmente envolve a limitação da autonomia de alguém? Entretanto, quanto maior o grau de mudança social provocado pelo conflito social, mais complexo ele se tornará não só pela inexistência de regulamentação legal, mas também por estarem associados a fatos sociais novos, como a questão da inseminação artificial e o descarte de material genético, direitos da propriedade industrial, havendo divergências institucionais, resistências de certos setores ou até mesmo por ampliar valores de grupos minoritários ou juridicamente discriminados.

Como referendar a condição de isonomia assegurada tanto pela Constituição da República, quanto pelos instrumentos procedimentais em vigência? Este caminho está regulado, mas os conflitos não estão próximos de ter um término, o que aumenta a tensão e produz um maior distanciamento da paz social. Entender a mediação como política pública para suprir a desigualdade é refletir a despeito de um meio alternativo e extrajudicial de solução de conflitos, atribuindo às relações, especialmente as continuadas, a perspectiva de que os aspectos psicológicos serão contemporizados e, afastando assim, os entraves à intervenção eficaz ao tratamento da celeuma que envolve as partes em oposição de interesses.

Importante apontar o problema existente hodiernamente na máquina judiciária que retarda o acesso do cidadão ao pleno gozo individual de seus direitos, sendo destacado por Leonardo Greco (2015, p. 16):

[...] ninguém ignora o desaparecimento da máquina judiciária, decorrente da má formação técnico-profissional dos serventuários, além da inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de demandas que lhe é submetida. Despachos de expediente, que deveriam ser proferidos em dois dias, levam seis meses; a distribuição de recursos na secretaria de alguns tribunais chagava a demorar cinco anos antes da Emenda 45/2004, que proibiu a retenção na distribuição; o Ministério Público muitas vezes retém autos para parecer durante meses; o mesmo ocorre com juízes para a prolação de sentenças; e em petições protocoladas, que demoram três para serem juntadas aos autos do processo e assim por diante. O próprio Supremo Tribunal Federal vive essa triste realidade, com processos aguardando por alguns anos a oportunidade de julgamento.

É preciso, tomar como ponto de partida a busca por uma identidade brasileira do acesso à Justiça para entendê-lo como se faz efetivo, exigível e tangível, diante da

realidade nacional estar envolta num arcabouço burocrático e carecedor de infraestrutura do Poder Judiciário, uma vez que não basta o discurso de fazer um acesso organizado, pois este acesso precisa ser pleno. Este recorte é feito por Leonardo Greco (2015, p. 16) ao explicitar que o cidadão tem um problema e que o acesso à Justiça não o resolve através do direito, por conta do excesso de processos como um entrave a uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

Cappelletti e Garth (1988, p. 12) ressaltam que a ciência jurídica deve pensar nos objetivos e métodos que proporcionem o acesso a justiça não só através das técnicas processuais, mas também em outras vias.

“Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerado e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social”

É um processo porque tem um desenvolvimento lógico e organizado. Mas, importante frisar, não colide, nem compete com o processo judicial, sendo mais um meio de resolução de conflitos.

Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (Wambier T., 2015, p. 65) ao comentar o parágrafo 3º artigo 3º da Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, diz que a mediação tem por objeto diminuir a quantidade e o tempo de duração dos processos:

Não é necessário nenhum esforço para concluir ser impossível ao Judiciário prestar adequadamente a jurisdição diante deste cenário, o qual se acentua a cada ano.

Eis a razão pela qual – dentre as várias propostas para o enfrentamento desta situação – a solução consensual dos conflitos mereceu especial atenção do novel legislador, a ponto de constar referida alternativa no capítulo das “Normas Fundamentais do Processo”.

Passa a ser uma obrigação, e um a prioridade do Estado no exercício da função jurisdicional, sempre que possível, empregar todos os meios necessários para o alcance das finalidades salientadas. Além disto, o legislador, ainda no capítulo das “Normas Fundamentais”, orienta os principais protagonistas do processo, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, a estimular a solução consensual através da conciliação e da mediação.

Segundo Humberto Dalla Bernardino de Pinho (2012, p. 883), entende-se a mediação *“como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”*. É importante destacar que esse terceiro não tem missão de decidir, nem a ele foi dada autorização para tanto, ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual. A mediação por este prisma deve ser compreendida como o viés de comunicação e vem sendo referendada na Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, com a equiparação da condição do

mediador judicial a auxiliar da justiça, regradada nos artigos 165 a 175, a promoção de solução consensual do litígio uma marca neste Código (MARINONI, 2015, p.97).

A mediação, enxergada como meio de acesso à Justiça, é o caminho que traz a resposta para ambas as partes interessadas, uma prestação célere e num tempo razoável, de forma satisfatória, como forma de minimizar os efeitos da desigualdade social. O Estado introduz em suas tarefas, políticas públicas com escopo à falha na atenção prestada aos seus administrados. Espera-se, que a mediação não assuma os mesmos rumos que a conciliação, no âmbito dos judiciais especiais cíveis, teve, ao longo das duas últimas décadas, assumindo um ritual estritamente procedimental e formalístico e que, efetivamente, respeitados os pontos culturais, o modelo francês possa contribuir na formação de uma prática sem rituais, sem cronômetros, sem limitadores e entraves de ordem estrutural, financeira e cultural.

b) A dualidade de interesses nos conflitos

Por diversos caminhos chega-se a mesma conexão, que o Direito e a Sociedade estão interligados e que o Poder Judiciário deve se adaptar às conquistas obtidas pelo homem pelos recursos econômicos, tecnológicos e de produção. O incremento feito pelas sucessivas reformas no modo de vida e no fomento à obtenção de direitos sociais básicos, levam o indivíduo a almejar estes direitos que foram elevados na Constituição da República de 1988 no artigo 6º da Constituição da República, cumprindo à doutrina defini-los como ideal da pessoa humana.

O Estado ao assumir a responsabilidade pela pacificação dos conflitos sociais e promover o exercício da função jurisdicional, instrumentalizou estas funções através do processo. Desta forma, ao avocar para si a mediação entre o indivíduo e a experiência, pautado na vida em sociedade, trouxe uma diferença ainda maior entre indivíduos e um desequilíbrio oriundo desta experiência (CALAMANDREI, 2004, p. 15). José Afonso da Silva (SILVA, 1993, p. 258) considera direitos sociais como direitos fundamentais pelo conteúdo de *“igualização de situações sociais desiguais”*, pois criam *“condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”*.

É importante pontuar que não cabe ao Estado somente oferecer condições do indivíduo obter tais prestações, mas também fornecer mecanismos para reivindicar este alcance. Desta forma, ao assegurar direitos sem fornecer as técnicas processuais para atender à função social, não traz diminuição do conflito, mas sim impacta a desigualdade havida entre as partes que estão em posições diferenciadas dentro da sociedade.

Isto está inserido no conceito jurídico de cidadania, entendido a partir de pertencer o homem à comunidade e ter assegurado direitos e deveres, não sendo ligo à cidade ou ao Estado (BARRETTO, 2006, p. 126). Neste aspecto, no que se refere à universalização do acesso à Justiça pelas pessoas hipossuficientes, observa-se que não basta garantir o direito à distribuição de uma demanda no Poder Judiciário, salutar se faz obter o auxílio de um advogado para promover a defesa das partes ou até mesmo

decifrar as leis cada vez mais complexas (PINHO, 2012, p. 390). Desta forma, está inserto no conceito de cidadania, tido como direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e difusos, ante a uma valoração da liberdade, num aspecto temporal de sua evolução, obter o acesso à Justiça como meio de equilíbrio de valores.

Nesta linha de raciocínio, assegura-se que a efetividade perfeita se completa com a igualdade de armas (CAPPELLETTI, 1988, p.15), mas como pensar este conceito diante de um país-continental como o Brasil, principalmente quando a direção desejada pelo indivíduo é que seja assegurada uma vida humana adequada (PASSOS, 2015, p. 13).

É preciso, tomar como ponto de partida, a busca por uma identidade brasileira do acesso à Justiça para entendê-lo como se faz efetivo, exigível e tangível, diante da realidade nacional estar envolta num arcabouço burocrático e carecedor de infraestrutura do Poder Judiciário, uma vez que não basta o discurso de fazer um acesso organizado, este acesso precisa ser pleno. É neste sentido que se apresenta a experiência francesa de mediação, como paradigma para seguir o roteiro de uma mediação dissociada de dogmas e ritualistas inerentes aos aspectos processuais do direito brasileiro, cujo relato é formulado na seção que se segue.

Cury (2015, p. 47) nos alerta que o excesso de judicialização, conectado ao volume de conflitos que chegam ao Poder Judiciário, o que importa em ampliar o acesso à justiça, significando que a democracia brasileira está num processo de amadurecimento, combinando resultados satisfatórios. Em extrema oposição ao desequilíbrio causado pelo excesso na judicialização, tendo à disposição ferramentas diversificadas que deslocam o fluxo de demandas direcionadas aos tribunais para instituições e organismos privados, haverá um resultado final mais satisfatório para os envolvidos (2015, p. 49).

Segundo Moraes e Spengler (2012, p.16)

Com a expectativa de encontrar respostas melhores aos conflitos, o objetivo principal da instituição da política pública ora em comento é a participação dos conflitantes na busca de um resultado que satisfaça seus interesses, preservando o relacionamento prévio e os laços por ventura existentes entre eles. Nesse sentido, “a redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social.”

Consequentemente, a mediação e a conciliação não podem ser vistas apenas como meios de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma das suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de “desafogar o judiciário” talvez o principal ganho a partir da conciliação/mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual evitando que este retorne ao Judiciário ou à Central de Mediação na forma de um novo conflito.”

Um dos principais problemas advindos das relações conflituosas repousa no fato de que um dos propósitos da lei é resolver o conflito, sem se preocupar com a relação social originária, e a busca por advogados será voltada a situar onde o conflito ou é efeito

ou é previsto (SIMON, 2001, p. 45). Diante desta condição, é possível asseverar que a solução dos conflitos geralmente envolve a limitação da autonomia de alguém.

Importante é o destaque que é feito por Vieira (2014, p. 02) quanto à necessidade de que advogados estejam minimamente capazes de atuar ampliando seus conhecimentos nas demais áreas do conhecimento, com o fim de obter uma formação forjadamente inovadora nas soluções jurídicas para problemas complexos. A sugestão apresentada pelo autor é no sentido de não se perder o acadêmico vocacionado ao direito para uma formação cética, como mediano, pensar no estímulo a programas como clínicas de interesse público, que venham a cooperar com a comunidade, agindo comprometidamente com os valores da justiça.

Uma análise sugerida para resolver a crise no sistema de solução de conflitos se vislumbra com a percepção de que esta crise não está apenas conectada com o Poder Judiciário, mas também por uma falta de atuação nos litígios pela administração pública direta e indireta, através de suas agências reguladoras, fomentando, pela via extrajudicial (administrativa) de determinadas demandas sequer atingissem a esfera judicial (ALBUQUERQUE, VITZCO, 2015, p. 41).

c) O papel do mediador

O manual de Mediação Judicial define a mediação como *“uma política pública por meio da qual o conflito é percebido como parte construtiva das relações sociais e que pode promover a qualidade em processos autocompositivos.”* (AZEVEDO, CNJ, 2015). A Lei n. 13.140 de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, com a equiparação da condição do mediador judicial a auxiliar da justiça, buscando a promoção de solução consensual do litígio. Segundo o artigo 2º da referida Lei, a mediação possui como princípios norteadores a imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Importante destacar que trata-se de rol exemplificativo, e não taxativo, porém, considerados essenciais para a eficácia da mediação realizada.

O procedimento de mediação tem início com a apresentação das partes e de uma síntese do que se trata a mediação. Em seguida, os mediados expõem as razões de suas razões e objetivos, sendo seguido por uma síntese da situação pelo mediador, forma neutra e imparcial, que poderá fazer perguntas a fim de esclarecer possíveis dúvidas. Em seguida, o mediador buscará atender às necessidades apresentadas, buscando uma solução que parta de ambas as partes, podendo oferecer opções para a resolução do problema. As sessões não possuem uma quantidade específica ou mesmo um limite de tempo de duração, devendo durar de acordo com cada caso concreto apresentado, o que será observado pela sensibilidade e técnica do mediador.

O acordo que resulta da mediação não é algo imposto por um terceiro após valoração das provas e emissão de sentença após seu convencimento, e sim, uma solução

que foi debatida por ambas as partes, manifestando seus interesses, concordando e se propondo o cumprir um objetivo comum que foi determinado por elas de forma consensual. Como espécie de autocomposição, a mediação deve ser embasada na identificação e eliminação das causas que geraram o conflito, surgindo daí a necessidade de qualificação do profissional atuante na mediação, que deve ser, não só conhecedor das técnicas de mediação apresentadas pelo Tribunal de Justiça, mas também de técnicas dialogais de mediação, além de demonstrar a sensibilidade e empatia na situação apresentada.

Conduzida por um mediador, neutro, com habilidades de comunicação e negociação, imparcial e paciente, é regulada pela Lei nº. 13.105/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, equiparando a condição de mediador judicial a auxiliar da justiça.

Para ser mediador, é necessário ter capacitação dada pelo Tribunal de Justiça, sem a necessidade de ter a formação de bacharel em Direito. A capacitação na resolução de conflitos, com base nos princípios da neutralidade, informalidade, isonomia entre as partes, autonomia da vontade e boa-fé, entre outros, tem a intenção de tornar o mediador apto a exercer o papel de conciliar as vontades por meio do restabelecimento do diálogo. O mediador civil tem função de mandatário da justiça, assim como os tutores, curadores, peritos e etc. (SERVERIN, 2003), uma vez que são designados pelo juiz para atuar em litígio. Segundo Six (2001, *apud* AMARAL, 2009, p. 132):

Na França há dois tipos de mediação: a institucional e a cidadã, distinguidas segundo a origem dos mediadores e seus respectivos modos de atuação. Os mediadores institucionais, de acordo com a origem, são funcionários do Estado ou órgãos e empresas governamentais, como os do Correio ou Sistema Ferroviário Nacional – SNCF. Os mediadores institucionais, incluindo o mediador da República, desempenham um trabalho específico em relação à instituição e aos clientes desta, possibilitando a retomada do diálogo com os usuários. Representando um certo poder, são especialistas ou assessorados por um grupo deles, aos quais se requer encontrar resposta a um problema específico. Por fim, o mediador institucional tem a preocupação com o tempo, pois é apressado pelo órgão que o designou a obter resultados, o mais rápido possível.

A mediação institucional ocorre em matéria civil, penal e administrativa, e os mediadores são escolhidos livremente pelos juízes, não sendo exigida qualificação específica. Pode ser judicial(institucional) e extrajudicial(cidadã), o que, segundo Irene Théry (1992-1994 *apud* SIX, 2001, P.161) possui relevante diferença, a ponto de questionar se tais procedimentos e conceitos seriam compatíveis com o procedimento judicial. Para a autora:

Aqui está para mim, o problema central da mediação, que é o menos visto hoje, e que faz com que se creia, uma vez que estamos bem de acordo sobre o interesse em uma mediação extrajudicial, que se pode transpô-la para o coração dos processos judiciais, ou substituir os processos judiciais pelo procedimento de

mediação: problema uma vez que são, ao meu ver, duas formas, senão incompatíveis, talvez complementares, em todo caso diferentes, e que colocam problemas diferentes, de defrontar as relações sociais.

Sendo assim, a autora entende que tais procedimentos seriam incompatíveis tendo em vista regras e procedimentos próprios, autônomos, dissociados, e não análogos, sendo, no máximo, complementares. Essa visão por si só já dificulta a aplicação e difusão da mediação na sociedade, uma vez que não está (nem deve, segundo a doutrina dominante) o mediador imbuído de espírito decisório e de autoridade. Pelo contrário: para que haja confiabilidade e neutralidade, deve o mediador ser imparcial, bom ouvinte e angariar a confiança das partes, sem qualquer lastro de coerção ou autoridade, uma vez que a resolução no conflito funda-se na composição autônoma das partes.

Nota-se que a credibilidade atribuída ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos sociais é a maior entre as esferas do poder público, sendo o juiz visto como alguém de confiança, cujo resultado da prestação jurisdicional não irá ser influenciado pelas desigualdades latentes, o que se comprova pela infinidade de casos, muitas vezes de pouca complexidade, levados à esfera judicial. Na mediação, esse olhar deve se dar em outra perspectiva, pois muitas vezes o que parece um mal acordo sob o ponto de vista jurídico, é capaz de resolver a questão apresentada, garantindo a satisfação das partes. Por sua vez, a não realização de um acordo por si só pode não ser um fator negativo, pois a despeito de resolver a lide, não poria fim ao conflito, frustrando ainda mais as expectativas de seus participantes.

É nesse ponto que a empatia, não só entre as partes, mas especialmente entre os mediadores e elas, é essencial para que as mediações sejam consideradas de fato bem sucedidas. Daí se mostra a importância de observar a pesquisa realizada na Universidade de Michigan sobre a empatia, para tentar entender como essa característica que se apresentou latente nos dados pesquisados pode de fato preponderante na implementação da mediação no Brasil.

3. Empatia no Brasil Segundo dados da Universidade de Michigan (2016)

O dicionário Dicio-Português define empatia como “ação de se colocar no lugar de outra pessoa, buscando agir ou pensar da forma como ela pensaria ou agiria nas mesmas circunstâncias; aptidão para se identificar com o outro sentindo o que ele sente, desejando o que ele deseja, aprendendo da maneira como ele aprende, entre outros caracteres. Por todo o exposto até o momento, nota-se que tal característica é essencial quando se fala em possibilidade de obtenção de acordo por meio da mediação, uma vez que somente com essa característica é possível a inversão de posição que será capaz de propiciar a chance de estabelecimento de um acordo baseado numa decisão autônoma das partes.

Foram coletados dados de 104.365 adultos espalhados por 63 países diferentes (países com pequenas amostras de respostas foram excluídos do projeto por terem pouca base de análise) com o intuito de enxergar a compaixão entre os habitantes de cada país por outras pessoas e a capacidade de enxergar o ponto de vista dos outros. Em que pese a metodologia baseada em questionários on line, o que pode levar a questionar sua aplicabilidade no Brasil, o resultado é um tanto quanto inesperado, na medida em que a imagem brasileira é de nação hospitaleira e simpática.

Daí se depreende em que simpatia e empatia, apesar de próximas, não necessariamente caminham juntas, uma vez que Segundo a psicologia, empatia é a identificação de um sujeito com outro; quando alguém, através de suas próprias especulações ou sensações, se coloca no lugar de outra pessoa, tentando entendê-la, sendo mais profundo do que a simpatia, que está relacionada a uma percepção do outro em nível inicial, menos avançado. Só a empatia tem a capacidade de nos colocar nos lugar do outro, não apenas reconhecendo seu estado emocional, mas uma compreensão maior de suas ideias, motivações e intenções.

Empatia, por sua vez, é olhar com o olhar do outro, é considerar a possibilidade de uma perspectiva diferente da sua. A falta de empatia é desconsideração, é não permitir diferentes percepções. A falta de empatia desconsidera a pessoa em si, os seus valores, o seu sistema de crenças ou os seus desejos. Para alguns a Empatia refere-se a Estética, e não a Ética propriamente dita. Em suma, a Empatia é sentir-se como se sentiria caso se estivesse na situação e circunstâncias experimentadas por uma outra pessoa. (GOLDIN, 2006)

A pesquisa se baseou na relação entre sentimentos de empatia e vários outros traços de personalidade, como comportamentos chamados “pró-sociais”, como se exemplifica com a participação em trabalhos de caridade. A pesquisa foi a primeira a olhar para a empatia de país em país. William Chopik, o principal autor do estudo publicado no jornal *Cross-Cultural Psychology*, entende que há um movimento de esforço maior entre as pessoas para criação de relacionamentos mais íntimos e significativos que pode mudar as colocações no ranking nos próximos 20 ou 50 anos, razão pela qual se faz necessária a continuidade do estudo por base comparativa com os dados atuais.

Nesse sentido, tomando por base uma idéia de moral contemporânea baseada na ética normativa, que tem por objeto o agir humano, o estudo apresentado se mostra de extrema relevância para a compreensão das dimensões alcançadas pelo mediador em seu ofício.

De acordo com Bittar (2004, Apud VASCONCELOS, 2015, p. 210) as éticas normativas têm sido estudadas em dois grandes grupamentos: teleológica, onde a noção é de que a ética deve conduzir à utilidade geral, bem estar, à felicidade, sendo a ética defendida por Aristóteles, entre outros, e a deontológica, defendida por Kant, onde se prioriza o dever e a responsabilidade social ou individual. A primeira, também chamada de ética sequencialista, busca responsabilizar o agente pela consequência dos seus atos.

Desta forma, ainda que uma ação seja correta do ponto de vista moral em relação ao cumprimento de seus deveres, se esta for eventualmente causar consequências negativas que possam ser razoavelmente previstas com base na razão, experiência e sensibilidade, deve ser evitada sob pena do que ele chama de irresponsabilidade viciosa.

Já a segunda, também chamada de ética da convicção ou do dever, leva em conta, de maneira bem simplista, essencialmente a boa intenção inicial, independente de suas consequências.

Dentre as duas, a primeira tida como base da modernidade jurídica positivista, especialmente a partir de Kant. Porém, é na segunda, pautada na moral não hierárquica da contemporaneidade, que é possível ancorar a virtude à razoabilidade dos resultados. Sendo assim, os atos, ainda que moralmente perfeitos, devem ser sopesados de modo a não causar dano a outrem. Em outras palavras: Ainda que eu esteja na “minha razão”, se isso for potencialmente danoso para a situação apresentada, eu devo recuar de modo a observar as consequências do ato praticado de modo global, o que deve ser utilizado na mediação de conflitos, que busca a mudança do paradigma tradicional do “ganhar-perder”, que pouco se importa com o outro, para o “ganhar-ganhar” onde ambas as partes tentam chegar a um acordo satisfatório, ainda que tenham que recuar em alguns aspectos, de modo a garantir a paz social. Nesse aspecto, a empatia se mostra essencial, podendo ser vista como uma das grandes habilidades exigidas nos tempos atuais em que o judiciário busca modificar paradigmas e estruturas pré-formatadas, baseadas no formalismo e na generalização, dando lugar ao respeito às diferenças, ao subjetivismo próprio das relações humanas e com foco na dignidade dessas pessoas humanas.

Considerações finais

É “lugar comum” ouvir que os operadores do direito de modo geral são uma mescla de outras áreas profissionais, destacando-se a da psicologia, na medida em que é necessário que ouçam atentamente a parte que para então sugerir a solução que lhe pareça mais adequada. Porém, o que se observa é que há muito o judiciário deixou de “ouvir” e de “olhar” as partes individualmente, seja pelo aumento do número de demandas, seja pela falta de pessoal ou mesmo pela ausência de profissionais capacitados. Fato é que, no momento em que “avoca” para si a função de promover a mediação, não parece estar diminuindo a quantidade de demandas, e sim, agigantando-se perante elas.

Desta forma, a proposta da mediação de conflitos talvez seja um mecanismo efetivador de cidadania, na medida em que se propõe a educar para a resolução autônoma dos conflitos. Quanto a esse aspecto, não é forçoso entender que somente a capacitação do mediador é capaz de propiciar a possibilidade de contemplar a assertiva, de modo que se cumpre perguntar se seria, de fato, o profissional ligado ao direito, o mais indicado para tal situação. Acostumado a medir o sucesso ou insucesso com base na procedência ou não de uma ação, muitas vezes esses profissionais não foram “educados”

para olhar e ouvir as necessidades latentes nos conflitos que se apresentam, até desaconselhando acordos, pautados na máxima de “ganhar-perder” que norteia os processos tradicionais.

Na mediação, esse olhar deve se dar em outra perspectiva, pois muitas vezes o que parece um mal acordo sob o ponto de vista jurídico, é capaz de resolver a questão apresentada, garantindo a satisfação das partes. Por sua vez, a não realização de um acordo por si só pode não ser um fator negativo, pois a despeito de resolver a lide, não poria fim ao conflito, frustrando ainda mais as expectativas de seus participantes.

É nesse ponto que a empatia, não só entre as partes, mas especialmente entre os mediadores e elas, é essencial para que as mediações sejam consideradas de fato bem sucedidas. Somente estudos empíricos sobre o tema, realizado por profissionais multiqualeificados (psicólogos, assistentes sociais, entre outros) poderão ser capazes de responder à infinidade de questões que se apresentam com a inserção deste instituto como etapa pré-processual em um judiciário que o buscou em um primeiro momento para “desaforgar-se”.

Referências:

- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (Org). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BASTOS, Aurélio Wander. **Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário**. 4^a. edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (org). **Manual de Mediação Judicial**. 5 ed. Brasília. 2015.
- BRASIL. **Lei nº. 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 17 de agosto de 2016.
- BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 19 de julho de 2014.
- CALAMANDREI, Piero. **A crise da Justiça**. Tradução e adaptação de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- _____. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CURY, Cesar Felipe. A mediação nos tribunais: as novas ferramentas de solução de conflitos. *Justiça & Cidadania*. Edição 178. Junho de 2015. Rio de Janeiro: Editora JC. p. 46/49.
- ESPINOSA, Bairuch de. Breve tratado de Deus, do homem e do seu bem estar. Belo Horizonte: Atlântica Editora, 2012.
- FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação Judicial: Discursos e práticas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Mauad: FAPERJ, 2016.
- GIOLO JUNIOR, Cildo. Morosidade da Justiça: a responsabilidade patrimonial do estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- GOLDIN, José Roberto. < <https://www.ufrgs.br/bioetica/compaix.htm> > Acesso em 11 de dezembro de 2016.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Introdução do Direito Processual Civil. Volume I. 5ª. edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama. SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil**. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A mediação no novo código de processo civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 109-119.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- NASCIMENTO, Vanessa do Carmo. **Mediação comunitária como meio de efetivação da democracia participativa. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 83, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **O novo CPC e a Mediação: Reflexões e Ponderações**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/artigos.htm>. Acesso em 29 de junho de 2015.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.) Dicionário de Filosofia do Direito. Ed. Renovar, Rio de Janeiro/RJ, 2006.
- SALES, Lília Maia de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso O. de; FEITOSA, Gustavo Raposo. **Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e**

- Segurança Pública.** *Revista Sequência*, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br>>. Acesso em 05 jan. 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A sociologia dos Tribunais e a democratização da justiça.** In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 1985.
- SERVERIN, Evelyne. Le mediateur civil et le service public de La justice. In: **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, n. 2, PP.229-246, avril/juin 2003.
- SIMON, William H. **A prática da Justiça: uma teoria da ética dos advogados.** Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação.** Tradutoras: Águida A. Barbosa, Eliana R. Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte. Del Rey, 2001.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO. 2015.
- TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 4ª ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Do operador ao arquiteto jurídico.** Jornal Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano. p. C2. São Paulo. 26 de julho de 2014.
- WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Imprensa: Florianópolis, Boiteux, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.], coordenadores. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- <http://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/10/mapa-mundi-da-empatia-revela-os-paises-com-maior-nivel-de-compaixao.html> - Acesso em 02 de dezembro de 2016.
- <http://www.ufjf.br/noticias/2016/04/14/nucleo-de-mediacao-propoe-experiencias-de-empatia-para-solucao-de-conflitos/> - Acesso em 05 de dezembro de 2016.
- <http://www.fafich.ufmg.br/memorandum/revista/wpcontent/uploads/2012/11/fontgallandmoreira01.pdf> - Acesso em 03 de dezembro de 2016.
- <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2016/10/31/ja-se-colocou-no-lugar-do-outro-ranking-diz-que-brasileiro-nao-tem-empatia.htm> - Acesso em 02 de dezembro de 2016A

A CRISE PARADIGMÁTICA DA OMISSÃO IMPRÓPRIA NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL CONTEMPORÂNEA

THE PARADIGMATIC CRISIS OF IMPROPER OMISSION IN THE CONTEMPORARY CORPORATE CRIMES

Dalila Rodrigues Prates¹

Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. A omissão imprópria no direito brasileiro; a) A teoria da causalidade e sua problemática nos crimes omissivos; 3. A sociedade de risco e os seus desafios para o Direito; a) Os novos delineamentos do Direito Penal no contexto social do risco; 4. Discussões atuais acerca da figura do garante; a) Contribuições doutrinárias atuais para delimitação do garante por ingerência; b) Possibilidades de abordagem do tema; 5. A crise do paradigma da omissão imprópria; a) Contribuição de KUHN para a ciência do direito; b) A necessidade de uma ciência revolucionária para novos contornos da omissão imprópria; 6. Conclusão; Referências

1. Introdução

O Código Penal, em seu art. 13, aderiu à teoria da causalidade, dispondo que é causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Este conceito, por sua amplitude, é inadequado quando da verificação de uma ação como penalmente relevante e, com mais razão, quando se trata de uma omissão a ensejar a atribuição de responsabilidade penal. Esta *conditio sine qua non* para a produção do resultado, adotada pelo código se mostra insuficiente e possibilita uma imputação infinita a toda e qualquer omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

O § 2º do mencionado art. 13 do Código Penal elenca quais seriam as pessoas com dever de agir e que, por esta razão, uma omissão da sua parte seria equiparada à ação para fins de imputação penal do resultado. E estabelece na alínea ‘c’ que quem com seu comportamento anterior cria o risco da ocorrência do resultado se torna garantidor em razão da ingerência. Contudo, há dificuldades práticas na averiguação da ingerência em virtude da ausência de delimitação acerca de qual seria a dimensão social deste “risco”: como deve ser a conduta precedente, se somente positiva ou também omissiva, culposa ou dolosa, dando margem a uma amplíssima abrangência de uma imputação por omissão, baseada em subjetivismos por ausência de critérios claros quanto à sua

¹ Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. E-mail: dalilarodrigues@gmail.com.

incidência e, por consequência, uma ausência de consonância entre decisões, afetando a própria segurança jurídica.

Esta insegurança reflete uma crise da omissão imprópria e isto deve mover o cientista do direito a uma busca na construção dogmática deste conceito que tem se mostrado insuficiente para delimitar as condutas arriscadas que devem ser valoradas como suficientes a gerar o dever de agir. Esta discussão ganha relevância na criminalidade contemporânea em que o risco norteia a própria vida social e as condutas arriscadas passam a ter cada vez maior relevância para o direito penal.

Assim, de grande relevância a crítica de Thomas Kuhn à ciência comum, que se limita a montar quebra-cabeças e não se volta a descobrir novos caminhos para um paradigma já superado. A sua proposta de revolução científica deve ser trazida ao campo do direito, pois este, quando não mais reflete o fato social, deve ser revisto, deve haver uma revolução e uma construção de um novo paradigma.

2. A omissão imprópria no direito brasileiro

A omissão, como seu próprio nome sugere, refere-se a um não fazer, uma inação que passa a ter relevância para o direito penal na medida em que esta inação tem direta relação com um resultado típico. Todavia a imputação por omissão fomenta algumas discussões doutrinárias, seja pela dificuldade de adequação da omissão como se se tratasse de uma ação positiva, seja pela falta de precisão da descrição da conduta que ensejaria a ingerência, dentre outras indefinições que tem feito a doutrina questionar a própria atribuição de responsabilidade por omissão. Às críticas regularmente realizadas pela doutrina à omissão e ao próprio conceito de ingerência, em razão da sua indeterminabilidade, soma-se a problemática dos novos contornos trazidos pela sociedade de risco contemporânea à figura do garante, que carece, por esta razão, de maior acuidade na sua definição e delimitação.

A doutrina tradicionalmente tem classificado a omissão como própria ou imprópria. A omissão própria refere-se àquelas condutas em que a norma obriga que o agente exerça determinada ação, o tipo penal estabelece uma punição para um deixar de fazer algo, sendo o exemplo mais claro desta figura, o crime de omissão de socorro. Já quando se fala de omissão imprópria, a doutrina se refere à violação a uma norma proibitiva, ou seja, quando o tipo penal descreve uma conduta comissiva e o fundamento da punição é a posição de garante conferida pela parte geral do Código Penal a determinadas pessoas, que teriam, então, a obrigação de impedir o resultado.

A nomenclatura de “omissão imprópria” em si é criticada, bem como a expressão sinônima utilizada na doutrina de “comissão por omissão”, já que não se trata de uma comissão, vez que a atitude penalmente relevante é a omissão do sujeito. Sugere-se o termo omissão qualificada, pois o sujeito (garante) deve ter uma qualidade específica,

uma relação especial com a vítima ou com uma fonte de perigo que cause o resultado². Todavia, por estar arraigado na doutrina o termo omissão imprópria, elegemos como o mais adequado para abordagem do tema.

Fala-se que a omissão imprópria é o descumprimento de uma norma proibitiva, todavia tal explicação dada pela doutrina é insuficiente para retratar os atos de omissão imprópria. É que nesta espécie de conduta, o que ganha relevo é o dever de agir que determinadas pessoas passam a ter e por isso passam a ser denominadas garantidores e então respondem pelo resultado típico se descumprirem o dever que lhes foi atribuído de impedir o resultado. Todos os crimes omissivos, seja omissão própria ou imprópria, têm como tônica a infração de uma norma de mandato – e não a proibição da norma –, sendo que no crime omissivo impróprio pressupõe-se um dever de agir associado a uma inação³.

A norma de mandato nos crimes omissivos impróprios é conferida ao garantidor: determinadas pessoas passam a ter um vínculo – seja legal, seja pelas circunstâncias em que atua – o qual lhes impõe o dever de proteção para que o resultado contido no tipo penal não venha a ocorrer.

Na elaboração do Código Penal de 1940 não havia previsão legal de quais pessoas teriam a incumbência do dever de agir próprio do garantidor e até então as fontes do dever de cuidado era uma construção doutrinária, quando, então, na reforma de 1984 passou a se regular expressamente a possibilidade do garante assumir o resultado⁴. A regra adotada no Código, embora tenha acolhido o modelo proposto pela doutrina, não é satisfatória, pois se limita a dizer as fontes do dever de garante, mas não é elucidativa acerca da amplitude deste dever de impedir o resultado.

Expressa o Código Penal no art. 13, §2º que o dever de agir incumbe a a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Nos dois primeiros casos, o garante tem uma vinculação com a vítima, seja por determinação legal ou por assunção voluntária de responsabilidade sobre ela. Já na terceira hipótese o indivíduo passa a figurar como garante por ter uma vinculação com determinada fonte de perigo, a exemplo de um motorista que atropela alguém e, vendo-o ferido, não o socorre e este vem a morrer, o motorista não responde pela omissão de socorro (omissão própria), mas pelo resultado típico do delito de homicídio, pois em

² TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

³ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

⁴ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

razão da sua conduta ele causou o risco da ocorrência do resultado, passando então a ter o dever de impedir o resultado.

Fala-se na doutrina, que para que se configure a ingerência, hipótese da alínea “c” do § 2º do citado art. 13, deve haver uma conduta prévia comissiva por parte do agente que, por isso, se tornará garantidor, embora o Código nada tenha dito a respeito da abrangência deste “comportamento anterior que criou o risco”. Há, ainda, quem defenda, embora com menor parte de adeptos na doutrina, que a conduta prévia deva ser uma conduta dolosa. Certamente esta posição é a mais adequada para uma melhor individuação da posição de garantidor: somente quem deliberadamente agiu produzindo um resultado pode responder por eventual resultado decorrente da sua conduta (positiva) prévia.

A responsabilização penal do agente obrigado a impedir o resultado, mas que se omite, se torna possível a partir de uma construção doutrinária em que se equipara a omissão imprópria à conduta comissiva. Em que pese esta concepção vigor por muito tempo na doutrina e sendo acatada pelo nosso Código, muito se questiona acerca da possibilidade dogmática de se equiparar a omissão a uma ação, atribuindo àquela a mesma imputação pelo tipo penal descrito na norma como punível para um fazer – já que os tipos penais que implicam a omissão imprópria são tipos que descrevem uma comissão do sujeito, a exemplo do art. 121: “matar alguém”.

A construção doutrinária segue no sentido que há um elemento comum entre ação e omissão que seria justamente a capacidade de ação. A omissão penalmente relevante pode ser entendida como uma defraudação de uma expectativa⁵, pois é um não fazer algo esperado. Juarez Tavares⁶ descreve que “a omissão é modalidade de conduta valorada. E justamente em razão dessa valoração, é que adquire relevância social”. Com efeito, o dever de garantir a não ocorrência do resultado típico danoso deve ser considerado como uma conduta relevante para o direito penal, todavia há que se estabelecer critérios claros de determinação entre a omissão do garante e o resultado típico, sendo necessária uma firme construção acerca da causalidade que estabeleça o nexo causal entre omissão e resultado.

a) A teoria da causalidade e sua problemática nos crimes omissivos

O art. 13 do nosso Código Penal expressa a adoção do legislador pela teoria da causalidade, equivalência das condições ou *conditio sine qua non*, dispondo que causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Por esta disposição, um

⁵ SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

⁶ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

indivíduo pode ser considerado autor do fato se sua conduta (ação ou omissão) de qualquer modo interferiu na cadeia causal para a ocorrência do crime.

Faz-se, portanto, um juízo hipotético de eliminação⁷ para averiguar se sem determinada conduta o resultado não teria ocorrido e, sendo este o caso, esta conduta deve ser valorada para imputação do autor. Esta teoria apresenta o inconveniente de que se levada às últimas consequências pode ocasionar a incriminação ilimitada de pessoas que por qualquer motivo fizeram parte da cadeia causal para a ocorrência do resultado. Neste sentido o fabricante e o vendedor de uma arma de fogo, com a qual foi cometido um crime de homicídio seria responsáveis causais por este resultado.

No que diz respeito à omissão a doutrina tenta “reabilitar” o conceito de causalidade, adaptando-o à estrutura da omissão⁸, adequando este juízo hipotético à omissão do agente. Assim, tomando um critério de probabilidade, avalia-se se sem a omissão do sujeito o resultado ainda assim teria ocorrido. Ou seja, não faz-se um juízo positivo se a omissão participou de qualquer forma da relação causal, mas sim um juízo negativo, ou seja, retirando hipoteticamente a conduta omissiva, se o resultado ainda assim teria ocorrido mesmo sem a intervenção do agente, este não deve ser responsabilizado, o resultado não pode ser imputado como obra sua.

No que diz respeito à ingerência (quem cria o risco do resultado ocorrer e por isso torna-se garante), o conceito se torna mais controverso, havendo a proposta na doutrina de ser avaliar hipoteticamente se a abstenção do sujeito diminuiu as chances do resultado não ocorrer, quando então haveria causalidade penalmente relevante.

É a proposta de Roxin acerca do incremento do risco (Teoria do incremento do risco), que traz em si um princípio de imputação e sugere que mais importante do que a causalidade é determinar se, com seu comportamento o sujeito tenha diminuído as chances de evitar o resultado, baseando-se num juízo objetivo, que são os dados concretos acerca do aumento do risco na produção do resultado em razão da conduta omissa. Explicando esta teoria proposta por Roxin, assim se manifesta Tavares:

Como a causalidade na omissão só pode trabalhar com hipóteses, é indispensável que se corrija essa causalidade segundo o sentido da atividade. E esse novo critério, de se orientar pelos dados concretos acerca do aumento do risco da produção do resultado, não se subordina exclusivamente ao dogma causal, senão submete a apreciação do comportamento do sujeito a um juízo objetivo.⁹

⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

⁸ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

⁹ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996, p. 57, 58.

Esta proposta do incremento do risco, entretanto, é inviável nos casos em que o resultado não é certo, mas apenas provável, a exemplo do risco da comercialização de determinado medicamento que pode ou não vir a causar efeitos danosos a quem consumiu.

O princípio da eliminação hipotética apresenta problemas quando pensado em termos de ação, mais ainda quando se trata de omissão, pois “não se pode eliminar a omissão, pois seria um contrassenso eliminar aquilo que não existiu”¹⁰. Elimina-se mentalmente a omissão que supostamente causou o resultado ou a conduta que o agente deveria praticar, mas nestes casos não se pode falar numa causalidade real, sendo incongruente uma incriminação baseada tão somente num juízo hipotético.

Bitencourt¹¹, de forma semelhante critica a averiguação do nexo de causalidade nos crimes omissivos, dizendo que não há que se falar em nexo de causalidade nesta espécie de crime entre a omissão e o resultado, pois do nada não pode vir nada, devendo haver, na verdade uma averiguação de nexo de não impedimento, pois o que fundamenta a responsabilidade por omissão é o dever de impedir o resultado, ou seja, o não impedimento é elevado à condição de causa como uma ficção jurídica. Em suas palavras:

Na verdade, existe tão somente um vínculo jurídico, diante da equiparação entre omissão e ação. E toda equiparação feita pelo Direito, quando não se fundamenta na realidade, nada mais é do que uma ficção jurídica.

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obrigação de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produzido daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal. Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão imprópria não há o nexo de causalidade, há o nexo de “não impedimento”. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato.¹²

Tais propostas da doutrina não são suficientes, todavia, para determinar com certeza a quem deve ser imputado o resultado em todos os casos, notadamente quando não se pode afirmar com certeza que o resultado decorreu diretamente da omissão ou que sem esta ele não teria ocorrido.

¹⁰ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996, p. 56.

¹¹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

¹² BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016, p. 328.

A causalidade nos moldes trazidos pelo Código Penal torna insustentável uma fundamentação de responsabilidade por omissão, haja vista que se o fundamento da imputação penal não restar claro, a simples omissão do garante gerará indiscriminadamente uma responsabilização sem que, de fato, o resultado típico seja exclusivamente obra sua.

A teoria da causalidade mostra-se ainda mais problemática quando não se tem por delimitado quem vem a ser o garante em determinadas circunstâncias. Esta confusão é verificada na realidade atual, sobretudo no âmbito da criminalidade empresarial, em que na cadeia hierárquica se torna difícil delimitar quem, por ingerência, ou seja, produção do risco da ocorrência do resultado, se torna de fato garante e, por isso, responsável pela não ocorrência do resultado. A aplicar a teoria da causalidade, todos os envolvidos no âmbito da empresa, mesmo sem poder de ingerência seriam responsabilizados pelo resultado típico. Por isso, para compreensão se mostra necessária a discussão da figura do garante na contemporaneidade.

3. A sociedade de risco e os seus desafios para o Direito

Direito e sociedade não podem ser dissociados. Pensar o Direito Penal apartado da realidade social é retirar a sua legitimação material¹³, pois alheio à realização dos fins que o legitimam. Fala-se há muito numa crise do Direito Penal, a qual só poderá ser superada com uma atuação penal que resulte imanente à sociedade, e não transcendente a esta¹⁴, sendo, portanto, imprescindível ao jurista conhecer o fenômeno social para, a partir deste conhecimento, desenvolver uma construção dogmática amoldada aos fins de política criminal adequados à realidade estudada.

As mudanças por que tem passado as sociedades nas últimas décadas, decorrentes de um contexto de pós-industrialização e suas consequências, têm reformulado a estrutura das relações sociais, do trabalho e da economia, da própria forma de vida e de como o indivíduo se vê nesta sociedade, levando teóricos a diferenciarem a contemporaneidade da era moderna que nos precedeu, caracterizando-a sob a denominação de pós-modernidade.

A designação de pós-moderno não é, contudo, nas palavras de Bauman¹⁵, apta a caracterizar o momento da sociedade atual, pois tal denominação faz entender que a sociedade contemporânea teria como traço distintivo a desconstrução dos conceitos da modernidade com a consequente e esperada reestruturação de novos e mais sólidos

¹³ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016, p. 123.

¹⁴ SANCHEZ, J. M. S. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 15.

¹⁵ BAUMAN, Z. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar, Zahar, Rio de Janeiro, 2010, p. 12.

conceitos, porém, o que se verificou na verdade é que a presente era é caracterizada fundamentalmente pelo constante derretimento de sólidos¹⁶, sem a pretensão de reconstruir conceitos com vistas à permanência.

Ulrich Beck tornou conhecida a denominação da sociedade atual por ele alcunhada de “sociedade de risco” e em seu livro de mesmo nome delineia os principais aspectos de uma sociedade marcada pela reflexão dos riscos por ela causados. Os avanços tecnológicos desenvolvidos para gerar riquezas e trazer desenvolvimento trouxeram consigo riscos até então desconhecidos, presentes na comida, no ar e água, sendo impossível escapar do seu alcance. Em outras palavras, como se manifestou Beck, a produção de riquezas se fez acompanhar na mesma medida pela produção social de riscos¹⁷. Esta “modernidade reflexiva” se trata de uma modernidade que, ciente da presença de novos riscos, começa a refletir acerca dos próprios fundamentos do seu desenvolvimento desmesurado¹⁸.

Há, todavia, uma paradoxal relação entre a necessidade que se desenvolveu acerca da aceitabilidade do risco para o desenvolvimento da sociedade e, por outro lado, a busca incessante pela criação de mecanismos para contenção de tais riscos: “o homem torna-se dependente da tecnologia que criou, mas quer mantê-la em patamares seguros e toleráveis”¹⁹.

Tais riscos ganham relevância no seio da sociedade a partir do momento em que se toma conhecimento destes, seja por meio de pesquisas científicas ou pela vivência de perigos tornados visíveis: “quando os riscos da modernização são ‘reconhecidos’ (...) eles perdem tudo: sua latência, sua apaziguante ‘estrutura de efeito colateral’, sua inescapabilidade”²⁰. Não há mais espaço para sua livre circulação e não mais se acata o argumento de que a sociedade deve aceitar estes riscos como preço do desenvolvimento.

Esta percepção nem sempre se dá de forma fiel ao alcance do risco, podendo ser diminuída ou mesmo aumentada, pois é baseada em interpretações e pode sofrer influência de dados de pesquisas alarmantes ou mesmo alterados e, ainda, dos meios de comunicação nem sempre comprometidos com a imparcialidade das informações. Nas palavras de Beck, não raras vezes, a experiência do risco pode ser maior do que o próprio risco, pois estes são abertos a interpretação e

¹⁶ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 13.

¹⁷ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011, p. 23.

¹⁸ FERNANDES, P. S. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 56.

¹⁹ MASI, C. V. A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2014, p. 75.

²⁰ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011, p. 94.

baseiam-se em interpretações causais, apresentam-se, portanto, tão somente no conhecimento (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, abertos a processos sociais de definição²¹

E é justamente a percepção dos riscos no seio da sociedade – quando o estado de latência dos riscos deixa de existir e consegue-se ver e sentir os seus efeitos reais ou iminentes – que faz surgir pautas de reivindicação de atuação do poder público. E a conduta que se espera do Direito frente ao risco é a inevitabilidade da sua concreção, diante da ameaça iminente e esse passa a ser o principal anseio de uma população cada vez mais temerosa, eis que tomada pelo vazio da impotência para controlar tais riscos de “dimensão hercúlea”²².

Tratando sobre o medo experimentado na sociedade fluida moderna, Bauman o denomina de “medo de segundo grau” ou “socialmente reciclado”, para significar o medo derivado de experiências passadas pela consciência da possibilidade do risco, porque real, ainda que esta não se consubstancie numa ameaça direta à sua vida ou integridade. Numa descrição da nossa sociedade em constante produção de novos e desconhecidos riscos:

Todos os dias, aprendemos que o inventário de perigos está longe de terminar: novos perigos são descobertos e anunciados quase diariamente, e não há como saber quantos mais, e de que tipo, conseguiram escapar à nossa atenção (e à dos peritos!) – preparando-se para atacar sem aviso.²³

São estes riscos que já surgem (ou se fazem perceber) provocando toda espécie de medo e perplexidade social (e para isso contam com a ajuda de meios de comunicação) e desafiam o Direito e, como pauta principal de atuação, o Direito Penal com uma “atividade legislativa temperamental”²⁴. Nas palavras de Silva Sanchez, “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da ‘insegurança sentida’”, ou como sociedade do medo²⁵. Todavia, importa indagar, parafraseando questionamento feito por Beck, se não seria o medo uma base demasiado movediça para a produção leis criminais que, afinal, são feitas para ampla duração e abrangência?²⁶

²¹ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011, p. 27.

²² FERNANDES, P. S. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 60.

²³ BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros, Zahar, Rio de Janeiro, 2008, p. 9.

²⁴ HERZOG, F. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. *Revista Penal*, nº 4, 1999, disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/4/showToc>, acesso em 30.12.2015, p. 54.

²⁵ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. rev. y ampl., Civitas, Madrid, 2001, p. 33.

²⁶ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011, p. 60.

Admitir o estado permanente de liquidez é, portanto, o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes²⁷, o que conduz o Direito Penal a uma necessária reflexão do seu modelo, desde o inevitável abandono do pensamento clássico de tutela dos bens jurídicos individuais, com a reformulação de um modelo de ciência que, sem se afastar de um pensamento sistemático, seja capaz de resolver o dilema da sociedade atual entre liberdade e necessidade de segurança.

a) Os novos delineamentos do Direito Penal no contexto social do risco

Não é possível ignorar o potencial lesivo das ameaças surgidas na sociedade pós-industrial, as quais podem por em risco a própria existência da vida como se conhece e este reconhecimento do risco e seus efeitos possivelmente catastróficos impulsiona no seio político o desenvolvimento de novas formas de controle²⁸. Isto porque um cenário de riscos reais exige respostas também reais e adequadas à realidade que se mostra.

Tal realidade tem sido posta para do Direito Penal, o qual é confrontado a se posicionar diante do conflito crescente da sociedade de risco entre liberdade e segurança. Nas palavras de Silva Sanchez a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta²⁹. E, embora os riscos e seus efeitos não sejam inteiramente conhecidos, o que torna mais difícil uma atuação segura e legítima, o Direito Penal não pode se furtar em atuar diante dos riscos, pois é justamente a indiferença diante destes que proporciona um terreno “no qual os riscos e ameaças florescem, crescem e frutificam”³⁰.

Para oferecer, então, a segurança almejada na “sociedade do medo” a atuação penal se mostra o único instrumento capaz de proporcionar uma resposta efetiva à nova criminalidade. Isto não significa necessariamente prejuízos à liberdade individual, pois, segundo Jimenez Diaz, o Direito Penal não infringe as liberdades individuais ao tutelar as novas situações colocadas pela sociedade de risco, pois ao fazê-lo busca dar segurança aos indivíduos, trazendo-lhe, na verdade, efetiva liberdade. Para aquela autora, segurança e liberdade não se contrapõem, mas são conceitos que se unificam, pois a segurança é um pressuposto para a liberdade; assim, somente num ambiente de segurança é possível se falar em liberdade, pois aquela é o que torna possível o livre desenvolvimento da personalidade³¹.

²⁷ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p.13.

²⁸ MASÍ, C. V. A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2014, p. 221.

²⁹ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. rev. y ampl., Civitas, Madrid, 2001, p. 40.

³⁰ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011, p. 54.

³¹ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Sociedad del riesgo e intervención penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>, p. 21.

É de se questionar, todavia, se o Direito Penal realmente é apto a produzir segurança, vez que os riscos não são inteiramente conhecidos e, portanto, não há pauta possível que abranja de fato todos os riscos civilizacionais decorrentes da pós-modernidade – muitos dos quais talvez somente as próximas gerações tomem conhecimento.

Deve, portanto, o Direito Penal reconhecer-se limitado e não buscar acautelar todas as situações da vida supostamente lesivas, sob pena de atuar de forma ilegítima e em contrariedade ao seu postulado de ultima ratio. Uma atuação irrestrita e irrefletida do Direito Penal a todos os riscos reconhecidos, em verdade, pode fazer com que se ignore os riscos não visíveis, pois, a sensação de segurança que a simples existência da norma penal gera pode retirar do meio social a sua capacidade de resolver os conflitos decorrentes da sociedade de risco mediante questionamento e produção de meios de extrapenais de evitar a produção de riscos maiores por instrumentos sociais de controle³².

Uma das características do Direito Penal na sociedade de risco é a atuação prévia ao delito, com o fim de prevenir os riscos que, tanto por sua iminência, quanto pela extensão do dano que podem causar, bem como pela particularidade de muitos destes riscos de não obedecerem a fronteiras, desafiam a atuação do Direito Penal nos moldes tradicionais de repressão a uma ofensa efetiva a um bem jurídico. O temor do futuro faz com que a tradicional posição do Direito Penal de castigar ou retribuir passe a ser a de prevenir o dano e controlá-lo, buscando a sempre almejada segurança. Agora a ordem é prevenir danos com a punição de colocação em risco, não sendo necessária a efetiva lesão.

Nesta linha, ganham relevo, por exemplo, a punição de atos preparatórios e a sua substituição pelos crimes de perigo abstrato, o qual tem se tornado instrumento cada vez mais aceito, mesmo porque não apresenta as mesmas dificuldades processuais impostas pelos crimes de dano³³, tornando possível a efetiva atuação do Direito Penal. Os resultados, outrora fundamento de uma punição, têm como característica num contexto pós-industrial que se produzem a longo prazo e em um contexto de incerteza sobre a relação causa-efeito, razão pela qual os delitos de resultado se mostram cada vez mais insatisfatórios. Daí o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo³⁴.

³² Esta é, aliás, a proposta de Herzog para os conflitos sociais próprios da sociedade de risco que devem ser resolvidos no seio da sociedade: “Dejemos, pues, de lado el Derecho penal del riesgo, pero no olvidemos los riesgos de nuestra sociedad. Reflexionemos sobre alternativas de control social y regulación más allá del Derecho penal. Para proteger el Derecho penal como ultima ratio del control social y reforzar la creatividad colectiva en la superación de las crisis”. (HERZOG, F. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. *Revista Penal*, nº 4, 1999, disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/4/showToc>, acesso em 30.12.2015).

³³ MASI, C. V. A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2014, p. 118.

³⁴ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. rev. y ampl., Civitas, Madrid, 2001, p. 31.

Ainda mais significativo do Direito Penal da sociedade de riscos é o uso das normas penais em branco. Em razão da flutuação dos conceitos próprios de uma sociedade líquida, as normas penais em branco se apresentam como um meio mais ágil de controle, pois atento às constantes modificações dos fatores circunstanciais. Nesse sentido, Carlo Masi elucida que a inclusão de hipóteses específicas de incriminação inviabilizaria a punição de novas práticas; assim, para evitar esta deterioração, estabelece-se um marco nas normas penais em branco, a ser submetido a disposições administrativas que individualizarão seu conteúdo³⁵.

Nesse contexto atual a busca por uma punição de condutas omissivas ganha igual relevo, pois especialmente no âmbito empresarial a omissão torna-se uma popular forma delitiva, numa realidade em que as formas de delinquir adquirem novos contornos, amparados pela facilidade do rompimento das fronteiras, ou pelas complexas relações nos âmbitos das empresas. Mas a omissão se torna relevante ainda mais porque, num contexto de medo o deixar de fazer ou o descumprimento de uma norma de dever pode ter sérias repercussões causando dano à saúde, ao meio ambiente, às formas futuras de vida, sendo justificável, destarte, a tutela penal dos comportamentos omissivos.

A legitimidade de um Direito Penal no contexto social de risco, contudo, reside na necessária fundamentação que este precisa dar para uma punição nestes moldes, sem incidir no erro de ser levado por clamores populares baseados tão somente no assombro trazido pelo risco vivenciado e experimentado. Renato Silveira critica a expansão penal sem fundamentação dogmática no que diz respeito à omissão:

O evoluir dessa neocriminalização, vista aqui como uma sobrecriminalização, do chamado Direito Penal moderno, não se ancora unicamente nas premissas de criminalização de perigo. Na realidade, vai além. Trata de buscar qualquer sorte de prevenção de riscos, ampliando, assim, de fato, referências não só em condutas ativas, mas também omissivas. O simples deixar de fazer algo para prevenir futura potencial conduta danosa já se mostraria típico, seduzindo, assim, o legislador, de um lado, e aplicador da lei, de outro.³⁶

4. Discussões atuais acerca da figura do garante

O garante, segundo o conceito de ingerência previsto na alínea “c” do art. 13 do Código Penal, é aquele que em razão de uma conduta gerou o risco da ocorrência de um resultado típico. A ingerência sobre uma fonte de perigo é, então, o requisito para que

³⁵ Expõe o autor a submissão do Direito Penal ao Direito Administrativo, passando a atuar como o instrumento auxiliar da Administração na busca por satisfação de metas políticas. (MASI, C. V. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 123).

³⁶ SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 49,50.

determinadas pessoas se tornem garantes e passem a assumir o dever de impedir o resultado.

A criação de riscos – o atuar perigoso – tem presença marcante na hodierna sociedade, de risco³⁷, em que a produção de riquezas se fez também acompanhar pela produção de riscos. A ingerência sobre o risco torna-se, portanto, um tema presente, ganhando relevo a conduta arriscada de um agente que, em razão de uma organização, passa a assumir a responsabilidade sobre os riscos criados por esta.

Na atualidade temos presenciado uma tendência à expansão penal e isso se reflete seja na incriminação primária, na formulação de leis penais que ampliam em demasia a responsabilidade penal de pessoas físicas e jurídicas, bem como na criminalização secundária, na interpretação e aplicação expansiva dos institutos do direito penal, tudo isso em nome de uma tutela penal dos novos crimes que tem surgido em decorrência da realidade globalizada e que se espera atuação cada vez mais firme deste ramo do direito.

Silva Sanchez³⁸ identifica como uma das principais causas da expansão do Direito Penal o aparecimento de novos riscos de procedência humana, que passa a ser um fenômeno social e estrutural, o que associado à sensação social de insegurança faz surgir no seio da sociedade uma demanda pela repressão de tais riscos em escala cada vez maior.

Neste cenário salta aos olhos a criminalidade por meio de empresas, quando pessoas se utilizam da sua posição para cometer crimes financeiros ou contra o meio ambiente. E o Direito Penal prontamente traz respostas, as quais, todavia, surgem com a mesma velocidade dos riscos, sem a necessária avaliação quanto aos seus fundamentos, fazendo surgir leis e decisões discrepantes entre si, afetando a própria segurança jurídica.

No âmbito da criminalidade empresarial, em geral, é que a figura do garantidor perde a clareza, pela dificuldade de se determinar quem, dentro do âmbito da empresa, detém o domínio sobre a fonte de perigo. Há então ainda maior dificuldade para uma imputação por omissão se se seguir aplicando a teoria da causalidade prevista no nosso Código.

Renato Silveira³⁹ destaca a mudança nas relações empresariais, cada vez mais complexas e com uma crescente atribuição de deveres de vigilância aos empresários faz com que o conceito de garante ganhe novos contornos. E nesse cenário a conduta omissiva ganha relevo, em razão do aumento da diversidade nas formas de delinquir,

³⁷ BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011.

³⁸ SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. rev. y ampl., Civitas, Madrid, 2001.

³⁹ SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

muitas vezes através da pessoa jurídica, ou da delegação de responsabilidades dentro da empresa.

Se, por um lado, o Direito Penal da sociedade de riscos deve ser construído visando estas novas formas delitivas, não pode-se jamais admitir uma incriminação por uma mera infração de dever:

As noções de deveres de vigilância (...) mostram-se, de fato, bem adequadas à procura de responsabilização empresarial. Essa colocação intuitiva dá-se em função de se evitar que uma simples aparente transferência de responsabilidades acabe por isentar de qualquer forma as responsabilidades da cúpula. Partindo-se do fato, entretanto, de que essa premissa pode outorgar responsabilidade penal por um dever inerente de vigilância, deve-se pontuar como isso pode se dar.

Observe-se, que, na maioria das vezes, as tarefas ligadas à posição de garante do empresário dizem respeito, aprioristicamente, ao controle de um foco de perigo. A princípio, assim, o papel do dirigente empresarial seria o de estabelecer uma barreira de contenção acerca dos riscos organizacionais (...). Muito embora se pressuponha que determinadas funções empresariais possam ser vistas como contenção de práticas criminosas, isso nem sempre implica responsabilidade penal, sendo necessária, ainda, a correspondente identidade material, além de outros pressupostos objetivos e subjetivos.⁴⁰

A dificuldade de se delimitar quem pode ser considerado o garantidor para determinado crime ocorrido em razão da atividade empresarial se dá especialmente em torno da complexidade das relações empresariais na contemporaneidade. Cada vez mais as estruturas hierárquicas dentro de uma empresa se especializam e se multiplicam e cada um dos responsáveis e delegados por determinado setor na empresa pode deter parcela de um conhecimento, bem como pode trabalhar em conjunto, mas, ao mesmo tempo, em locais completamente distantes no globo, de modo que, para todas estas imbricações nas relações de empresa a dogmática penal tradicional não consegue oferecer respostas. A teoria da causalidade, *conditio sine qua non*, não se afigura apropriada, pois se trataria de uma inaceitável responsabilização objetiva.

a) Contribuições doutrinárias atuais para delimitação do garante por ingerência

Visando corrigir a teoria da causalidade adotada pelo Código Penal, a doutrina vem construindo uma posição de delimitação do garantidor. Segundo Juarez Tavares⁴¹, um requisito para a posição de garantidor é que a ingerência, ou seja, a conduta de produzir o risco, seja ela própria uma conduta violadora do dever de cuidado, evitando, assim que a mera causação de perigo possa fundar a posição de garantidor. Parece ser

⁴⁰ SILVEIRA, R. M. J. "Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime". In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 205,206.

⁴¹ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

comum na doutrina este requisito de que o comportamento anterior que cria o risco seja antijurídico⁴². E este, sem dúvida é o entendimento mais apropriado, sobretudo no contexto da sociedade de riscos em que há riscos necessariamente tolerados pela sociedade, e que, por isso, não podem por si só produzir a responsabilidade penal pelo resultado lesivo.

Seria então antijurídica e, por isso, ensejadora da posição de garantidor a conduta do empresário que, desobedecendo às normas legais de segurança, coloca no mercado produto com potencialidade de risco. O resultado seria a ele imputado, pois a partir do momento em que descumpriu o limite imposto à sua atividade passou a assumir o risco da produção do resultado lesivo. Importante salientar que, como no mencionado exemplo de produtos com potenciais de lesividade, sempre há uma parcela de risco, que, porém, é permitida pela norma de segurança, já que supostamente aceito socialmente. A conduta punível a título de omissão, portanto, não seria qualquer conduta arriscada, mas somente aquela que excedesse as normas de segurança já previstas na legislação.

Este mesmo autor aponta, ainda, que para que se possa falar em responsabilidade penal por omissão do garantidor, este deve ter uma real possibilidade de evitar o resultado:

Na combinação desses dois critérios, porém, deve-se ter presente que não basta, para caracterizar a posição de garantidor, a mera referência a um dos elementos daquela relação formal. Mais do que isso, será necessário demonstrar que o sujeito se encontrava em situação real de possibilidade de atender ao dever, ou ainda, quando da *ingerência*, que a conduta anterior, geradora do perigo para o bem jurídico, tenha ela mesma violado um dever de cuidado. Essa limitação da *ingerência*, sugerida por RUDOLPHI, é necessária para restringir a amplitude do *atuar precedente*, evitando que a mera causação do perigo, sem qualquer outro respaldo legal, possa fundar uma posição de garantidor.⁴³

No mesmo sentido, Bitencourt⁴⁴ destaca a possibilidade de agir como requisito da delimitação da posição de garantidor por ingerência. Segundo ele, não basta o dever de agir, mas a possibilidade fática de agir para impedir o resultado. Esta delimitação também se mostra relevante para demonstrar que não é o dever de agir em si que causa o resultado, mas sim uma real e efetiva possibilidade de evitar o resultado que o garantidor deliberadamente não o faz.

⁴² A exemplo de Claudio Brandão que enumera três requisitos sem os quais não haveria que se falar em ingerência: “Para que se configure esta terceira hipótese, são necessários os seguintes requisitos: 1º conduta precedente antijurídica; 2º criação de um perigo adequado e idôneo para a produção do resultado; 3º não sobrevier com a conduta o dano imediato, porque neste caso o crime será comissivo.” (BRANDÃO, C. “Teoria Jurídica do Crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 1. 4. ed., Atlas, São Paulo, 2015, p. 38).

⁴³ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996, p. 71.

⁴⁴ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

É de se salientar, todavia, que mesmo delimitando situações para determinada pessoa figurar na posição de garantidor, doutrina e jurisprudência entendem atualmente que tanto administradores, quanto diretores e técnicos executores, ainda que deleguem tarefas, são penalmente responsáveis (todos são responsáveis por tudo) a não ser que se crie dentro da empresa sistemas de organização de competência – a exemplo dos *compliance programs*.

Este posicionamento traz um grande problema para a dogmática na medida em que gera um perigo da sobrecriminalização das condutas muitas vezes corriqueiras dentro da dinâmica de uma organização, mas que por participarem de uma mesma cadeia causal, todos responderão por todo e qualquer resultado típico que em razão da atividade empresarial foi gerado. Há, portanto, uma necessidade de delimitação das condutas de cada um dos agentes, sendo que no âmbito das empresas isto se dá através da identificação da divisão das tarefas, subordinação hierárquica e conhecimento técnico⁴⁵.

A urgência de quebra paradigmática da ciência do Direito gira, portanto, em torno da concreta delimitação da figura do garante, que não lastreada somente na imputação de todos quantos de alguma forma contribuíram para o resultado.

b) Possibilidades de abordagem do tema

Há uma tendência no âmbito da criminalidade contemporânea a uma expansão da interpretação do conceito de garante, como corolário da expansão do próprio Direito Penal e consolida-se o entendimento de que a ingerência sobre uma fonte de perigo fundamenta por si só uma imputação penal. No âmbito empresarial, esta responsabilidade recairia tanto sobre os administradores, os diretores de diferentes hierarquias, quanto sobre o funcionário subordinado que domina a técnica do produto danoso. Ao lado dos deveres de vigilância que se espera dos diretores, sócios e administradores das empresas, requer-se que estes respondam criminalmente por não evitar um ato lesivo cometido por qualquer de seus subordinados⁴⁶.

Além do requisito de cometimento de um ato prévio comissivo e antijurídico para que se configure a situação de garante, é crucial, ainda, que, especialmente no âmbito da criminalidade contemporânea, se delimite a posição de garantidor a determinadas pessoas e não a todos quantos direta ou indiretamente produziram o perigo do resultado danoso, superando-se, dessa forma, o entendimento adotado pelo Código Penal

⁴⁵ SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

⁴⁶ SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.

brasileiro de equivalência das condições, em que todos são responsáveis por tudo, o qual se mostra inadequado num Direito Penal que se quer legítimo.

Uma alternativa a esta imputação indiscriminada poderia ser retirada da formulação de Jakobs acerca dos papéis sociais. Trata-se de uma tentativa de delimitar o âmbito da imputação objetiva dos agentes, sendo esta apenas cabível quando o agente descumpre o rol de papéis que dele se espera. Ele fundamenta que cada um na sociedade exerce determinados papéis sociais e que, por reinar um princípio de confiança, cada um confia que o outro exercerá o seu próprio papel:

los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard⁴⁷.

Somente a partir do descumprimento do papel social é que se pode começar a se pensar numa imputação objetiva⁴⁸, devendo o âmbito da imputação subjetiva, de averiguação de dolo e culpa, ser feita num momento posterior, após esta prévia análise acerca da viabilidade de imputar determinado fato a uma pessoa.

Trata-se de uma construção pré-jurídica atribuída àquele que é reconhecidamente o responsável por determinado risco. O garante por ingerência assume esta posição por ter uma responsabilidade sobre as fontes de perigo: “quem detém as fontes produtoras de perigo, tem a obrigação de evitar resultados lesivos delas decorrentes”⁴⁹.

Evidente que tal formulação deve ser aprofundada pela doutrina a ponto de se saber se esta proposta de identificação dos papéis sociais poderia fundamentar uma imputação do garante a partir do cumprimento ou não do seu rol de papéis sociais dentro da esfera que atua e se é possível, num contexto complexo como o atual, determinar-se com sucesso o papel de cada agente no âmbito das relações empresariais. Reconhece-se, todavia, que, pelo menos no sentido de uma não imputação, esta formulação de Jakobs pode servir de guia para afastar a imputação de todos os participantes de determinada organização por tudo que se passa no seu ciclo de produção e que seja potencialmente danoso.

Assim, se o papel do técnico é obedecer às ordens e fabricar ou por em funcionamento determinado produto, se ele cumpriu o seu papel social não poderá responder pela lesividade do produto ou serviço por ele feito. O diretor ou sócio com função de mando dentro da empresa seria a pessoa então responsável pela verificação da legalidade dos produtos que se fabricam dentro da sua empresa. Mas isto estaria dentro

⁴⁷ JAKOBS, G. *La imputación objetiva em el derecho penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1996, p. 25.

⁴⁸ JAKOBS, G. *La imputación objetiva em el derecho penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1996.

⁴⁹ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996, p. 69.

da esfera da “possibilidade de atuar” e não meramente do dever de atuar? Há que se questionar também esta possibilidade, sempre visando afastar imputações sem a razoabilidade que deve se guiar o Direito Penal.

Numa abordagem diferente quanto a necessidade de delimitação da responsabilidade penal do garantidor, Juarez Tavares⁵⁰ tece críticas acerca desta teoria da distribuição dos papéis sociais, através dos quais se exige de algumas pessoas proteção para com as outras, afastando este fundamento, por entendê-lo insuficiente para assegurar uma inequívoca conformidade entre a sua violação e a previsão de sua punibilidade, nos termos do princípio da legalidade.

A proposta trazida por ele é que uma atribuição segura que atenda ao princípio da legalidade somente seria alcançada através da previsão legal expressa na parte especial do código da imputação penal por omissão.

A distribuição de papéis conforme os círculos de organização, bem como a possibilidade de previsão legal expressa do garante, são construções que devem ser aprofundadas em evidente quebra de paradigma da ciência penal normal, mas cujo rompimento se torna necessário tendo em vista que a previsão da norma penal, bem como a atual construção doutrinária se mostram insuficientes para a dimensão que a problemática acerca do garante tem tomado nos últimos anos.

5. A crise do paradigma da omissão imprópria

a) Contribuição de KUHN para a ciência do direito

Thomas Kuhn foi um dos filósofos da ciência mais influentes do século XX com o seu pensamento acerca das revoluções científicas, que proclama uma necessária quebra com a doutrina consolidada entre os cientistas e os seus paradigmas arraigados. A sua concepção de evolução científica passa pela noção de rompimento revolucionário de paradigmas da “ciência normal”, um dos termos que fundamentam a sua teoria, e consolidação de novos paradigmas.

A compreensão de termos como “ciência normal”, “paradigma”, “quebra-cabeças”, elaborados por Kuhn em seu livro *A Estrutura da Revolução Científica* é fundamental para apreender o seu pensamento, que pode ser sintetizado da seguinte forma: a ciência normal de que temos conhecimento é aquela que possui paradigmas próprios, verdades arraigadas na consciência científica e que, por isso, são tidas como parâmetros para o conhecimento, e esta ciência normal se dedica a resolver quebra-cabeças, que são problemas formulados para resolução, mas cujos resultados já são conhecidos previamente. Todavia, chega um momento em que a resolução de quebra-

⁵⁰ TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

cabeças leva a uma anomalia na ciência que o estuda e, por fim, a uma crise; a resolução da crise na ciência normal somente se torna possível a partir da revolução científica com a rejeição dos paradigmas antigos e substituição por novos paradigmas.

Para compreensão da sua ideia, inicialmente importa esclarecer o que vem a ser um paradigma, segundo a concepção por ele adotada. Embora o próprio autor reconheça que no seu livro há várias acepções distintas para a mesma palavra paradigma, esta deve ser entendida em duas vertentes, por um lado seria algo que os membros de uma comunidade partilham, e aqui inclui-se a comunidade científica que partilha um paradigma, ou, ainda, como as soluções concretas dos quebra-cabeças da ciência normal que passam a ser empregadas como modelos ou exemplos para solução dos demais quebra-cabeças⁵¹.

Seja num ou noutro conceito, fica clara a sua intenção de evidenciar que as ciências são regidas por paradigmas que direcionam o saber científico e para este podem se mostrar adequadas ou não, caso em que se reivindicará uma revolução científica. Em suas palavras paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁵².

Existe uma fase pré-paradigmática, em que são intensamente debatidas as hipóteses, surgindo escolas de pensamento e com isso chega-se a um consenso⁵³, ou seja, a formação de paradigmas. Após a aceitação do paradigma firmado passa-se à ciência normal, a qual espelha a visão de mundo decorrente do paradigma adotado e, por esta razão, se diz que o paradigma passa a ocupar um papel central na ciência normal.

Por ciência normal entende o autor aquela ciência preocupada em resolver quebra-cabeças, com base nos paradigmas adotados. Entretanto, se, porventura, esta ciência normal não conseguir chegar à resolução de um quebra-cabeças têm-se instalado uma crise da ciência normal, em razão do fracasso dos cientistas. Diante disso, há três possibilidades diante da crise da ciência normal, quais sejam “a resolução do problema pela própria ciência normal, a conclusão pela insolubilidade do problema, [...] ou, por fim, o surgimento de um novo candidato a paradigma, iniciando-se, neste último caso, uma luta para que seja acolhido pela comunidade científica”⁵⁴. Esta última possibilidade é a revolução científica em si defendida por Kuhn como necessária para o avanço do

⁵¹ KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed., Perspectiva, São Paulo, 2013.

⁵² KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed., Perspectiva, São Paulo, 2013, p. 40.

⁵³ GASPAR, D. G.; BARREIROS, L. M. S.; SAMPAIO, M. “A Metodologia Da Pesquisa No Direito E Thomas Kuhn”. In PAMPLONA FILHO, R. e CERQUEIRA N. (coordenadores). *Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia*, Saraiva, São Paulo, 2011. p. 111-126.

⁵⁴ GASPAR, D. G.; BARREIROS, L. M. S.; SAMPAIO, M. “A Metodologia Da Pesquisa No Direito E Thomas Kuhn”. In PAMPLONA FILHO, R. e CERQUEIRA N. (coordenadores). *Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia*, Saraiva, São Paulo, 2011. p. 111-126, p. 119.

conhecimento científico. A essência das revoluções científicas é a substituição de um paradigma por outro e o entendimento desenvolvido por Thomas Kuhn de que o conhecimento é não cumulativo fundamenta a necessidade da revolução científica.

Na ciência do Direito podemos falar da existência de determinados paradigmas, pelo que é possível ser aplicada a concepção de Kuhn quanto à ideia de revolução científica. Esta importação da teoria da revolução científica ao Direito se deve a partir da compreensão das constantes mudanças sociais e os profundos impactos de tais mudanças no Direito. Se este não acompanha tais modificações a ciência jurídica produzida apresenta paradigmas contradizentes com o objeto de estudo que é o fato social com relevância para o Direito. Se a resposta oferecida pela ciência jurídica, ou seja, os paradigmas por ela aceitos não se coadunam mais com a realidade posta, evidencia-se a crise dos paradigmas da ciência normal do Direito e a necessidade de reconstrução doutrinária de novos paradigmas que atendam ao fato social com observância nos princípios que fundamentam este sistema jurídico.

b) A necessidade de uma ciência revolucionária para novos contornos da omissão imprópria

No que diz respeito à abordagem atual da omissão imprópria verifica-se a ausência de critérios concretos para imputação penal que atendam às diversas situações no contexto da criminalidade contemporânea em que há a criação de um risco e um resultado lesivo dele decorrente. Muito pouco se tem discutido sobre esta matéria no Brasil, prevalecendo ainda os critérios de causalidade que autorizam a imputação indiscriminada. A controvérsia acerca da figura do garante e os critérios que devem embasar a sua responsabilização criminal não são claros nem mesmo para certa parte da doutrina que vem aprofundando o debate sobre o tema, menos ainda no direito penal brasileiro que tem se restringido a enumerar as regras do Código Penal e presumi-las suficientes para todas as hipóteses em que uma omissão contribuir para um resultado típico.

Há, portanto, uma crise no paradigma da omissão imprópria, haja vista que o entendimento consolidado acerca desta teoria não serve para a resolução dos quebra-cabeças impostos ao Direito Penal, sobretudo no contexto atual, que, como dito, cada vez mais exige do Direito penal, não somente atuação, mas uma atuação racional, legítima. Para tanto, a ciência do Direito precisa rever os seus paradigmas.

Se o desenvolvimento da ciência é não cumulativo⁵⁵, a tentativa de acúmulo de teorias umas às outras que adequem e redirecionem a amplitude do termo garante, a tentativa de acrescentar requisitos à já fadada teoria da causalidade mostram-se, portanto, um empecilho à ciência do Direito penal neste campo tão controverso e

⁵⁵ KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed., Perspectiva, São Paulo, 2013.

necessitado de fundamentação clara, que é o da relevância penal da omissão. Kuhn entende que os paradigmas incompatíveis com a realidade histórica atual devem ser considerados como mitos⁵⁶ e a ciência penal atual deve elaborar novos conceitos com base nos acontecimentos atuais, rejeitando aqueles que não mais se prestam a refletir a realidade social.

Neste sentido, a indiscriminada imputação a todos os agentes que tenham relação com determinada fonte de perigo e que, por isso, venham a ocasionar um dano previsto numa norma penal deve ser vista com receio, à medida em que se mostra amparada em teorias que não levam em conta a sociedade que em si própria já é uma sociedade de riscos.

A expansão penal, ainda que em certa medida necessária, não pode servir ao decisionismo desmedido e sem fundamentação, sob pena de quebrar até mesmo a segurança jurídica que se espera deste ramo do direito tão invasivo e limitador de garantias pessoais: “a contradição da dogmática penal com a sociedade de risco serve para transmutar a ciência jurídica da condição de método a discurso de fundamentação escolhido circunstancialmente”⁵⁷.

6. Conclusão

A omissão imprópria apresenta dificuldades em sua conceituação e aplicabilidade, seja pela sua equiparação a uma ação, o que por si já é imperfeita, mais ainda com relação à sua extensão quando se fala na ingerência pelo domínio sobre uma fonte de perigo quando não se tem por certo a quem deve ser atribuído o papel de garante. A imputação penal por omissão quando da ingerência torna-se ainda mais infundada quando se considera que há perigos toleráveis na sociedade atual, de modo que a expansão penal não pode retirar do Direito Penal a necessidade de justificação de suas decisões.

Verifica-se um horizonte preocupante para este ramo do direito, conforme Allamiro Netto:

O legislador tipifica criminalmente as mais diversas e pensáveis modalidades de condutas como apelo à voz dos cidadãos inseguros. O aplicador utiliza-se irrefutavelmente deste mesmo e incessante apelo para subsumir aqueles tipos de modo severo sem qualquer comprometimento com os âmbitos de proteção estabelecidos através dos instrumentos coerentes da dogmática penal. E o jurista, por sua vez, corre desesperadamente atrás de um entendimento possível

⁵⁶ KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed., Perspectiva, São Paulo, 2013.

⁵⁷ NETTO, A. V. S. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 84.

da calamitosa situação, na busca da construção de um sistema razoável para o direito penal da modernidade.⁵⁸

Nesta sociedade há riscos toleráveis, devendo ser o requisito mínimo desta imputação por omissão que a conduta prévia do agente seja positiva e contrária ao direito. Mas, para além de tais requisitos, não são todos que porventura detenham domínio com uma fonte de perigo que podem vir a ser garantidores.

O critério do código não se coaduna com a realidade que cobra uma incriminação cada vez maior dos crimes cometidos no âmbito das empresas, devendo haver, portanto uma quebra paradigmática para assumir uma postura diferenciada, passando a questionar possíveis alternativas à construção atual, seja a discussão filosófica dos papéis sociais, de modo que se possa fundamentar com alguma certeza quem, por esta teoria, teria o dever social de impedir o resultado, seja, ainda admitindo uma tipificação específica do garante. O certo é que se torna imperiosa uma mudança paradigmática na dogmática penal.

Segundo a concepção de Kuhn, deve-se adotar uma postura pré-paradigmática, crítica e que se busque aprofundada, para que surja um novo paradigma que corresponda com a necessária fundamentação que deve possuir o direito penal para a imputação de uma conduta omissiva e, ultrapassada esta fase de construção necessária à evolução da ciência do Direito, haja uma revolução nos termos atuais, tudo isso em nome de uma efetiva construção científica.

Referências

- BAUMAN, Z. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Trad. Renato Aguiar, Zahar, Rio de Janeiro, 2010.
- BAUMAN, Z. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros, Zahar, Rio de Janeiro, 2008.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2.ed., Editora 34, São Paulo, 2011.
- BIRD, A. "Thomas Kuhn", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/thomas-kuhn/>>. Acesso em 11.03.2017.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 22 ed., Saraiva, São Paulo, 2016.

⁵⁸ NETTO, A. V. S. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 85.

- BRANDÃO, C. “Teoria Jurídica do Crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 1. 4. ed., Atlas, São Paulo, 2015.
- CORCOY BIDASOLO, M. “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y derecho penal mínimo”, em MIR PUIG, S., CGPJ: *Derecho Penal del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII, Madrid, 2007, pp. 363-402.
- FERNANDES, P. S. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*, Almedina, Coimbra, 2001.
- GASPAR, D. G.; BARREIROS, L. M. S.; SAMPAIO, M. “A Metodologia Da Pesquisa No Direito E Thomas Kuhn”. In PAMPLONA FILHO, R. e CERQUEIRA N. (coordenadores). *Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia*, Saraiva, São Paulo, 2011. p. 111-126.
- HERZOG, F. “Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo”. *Revista Penal*, nº 4, 1999, disponível em <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/4/showToc>, acesso em 30.12.2015.
- JAKOBS, G. *La imputación objetiva em el derecho penal*. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1996.
- JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. “Sociedad del riesgo e intervención penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed., Perspectiva, São Paulo, 2013.
- MASI, C. V. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.
- NETTO, A. V. S. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- SANCHEZ, J. M. S. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SANCHEZ, J. M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 2. Ed. rev. y ampl., Civitas, Madrid, 2001.
- SILVEIRA, R. M. J. “Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime”. In BRANDÃO, C. (coordenador). *Coleção ciência criminal contemporânea*. vol. 5, Editora D’Plácido, Belo Horizonte, 2016.
- TAVARES, J. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*, Instituto Latino-americano de cooperação penal, Rio de Janeiro, 1996.

(RE)PENSANDO O ATIVISMO JUDICIAL SOB UMA PERSPECTIVA DIALÓGICA: O AMICUS CURIAE E A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS PARA ABERTURA E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

(RE)THINKING JUDICIAL ACTIVISM UNDER A DIALOGICAL PERSPECTIVE: AMICUS CURIAE AND PUBLIC AUDIENCE AS INSTRUMENTS FOR OPENING AND DEMOCRATIZING THE PROCESS

Eduardo Resende Rapkivecz¹

Universidade Federal de Rondônia

Jaime Leônidas Miranda Alves²

Sumário: Introdução; 1. A emancipação do indivíduo e a construção da personalidade como processo dialógico; 2. Separação dos poderes: repensando um dogma clássico; 3. Direitos fundamentais como símbolos judiciáveis, ativismo e judicialização; 4. Audiência pública e amicus curiae: instrumentos para legitimação democrática das decisões judiciais ativistas; 5. À guisa de considerações; Referências.

Introdução

Quando se toma por assunto o ativismo judicial, inevitável será a discussão acerca de sua legitimidade. Nesta linha, toma-se dois lados: de um, argumenta-se a partir do fato de que o Poder Judiciário não foi escolhido pelo povo; de outro, parte-se da legitimidade das decisões por um viés procedimental. Contudo, mais relevante do que tal discussão é o resultado final almejado por ele: a proteção e o fomento dos direitos fundamentais.

Diante do referido quadro, o presente trabalho visa à busca de legitimação das decisões judiciais ativistas a partir da abertura do processo a procedimentos democráticos de discussão, elegendo-se, destarte, o *amicus curiae* e as audiências públicas. Para tanto, toma-se como objetivo a prestação de tutela jurisdicional efetiva, isto é, um meio de efetivação do núcleo duro dos direitos fundamentais – elucidando a finalidade do ativismo judicial, que demonstra não ter como fim si mesmo, mas a efetivação dos direitos fundamentais.

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles– Cacoal. Estagiário jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. E-mail: eduardorapkivecz@outlook.com

² Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – *campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles– Cacoal. Secretário de Gabinete do juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Autor de obras jurídicas. E-mail: jaime_lmiranda@hotmail.com

No mesmo sentido, não se poderia deixar ao léu a discussão sobre a dificuldade de efetivação das decisões impositivas de políticas públicas – o cerne do ativismo. Ora, tem-se que o ativismo judicial, por emanar decisões estranhas ao campo da discricionariedade e da política, por vezes exsurge comandos inexecutáveis que, além de onerar o ente público, não tutelam satisfatoriamente o direito reclamado em juízo.

A partir de então, surgem situações fáticas de fácil observação que comprometem o agir estatal na realização das decisões ativistas.

1. A emancipação do indivíduo e a construção da personalidade como processo dialógico

A personalidade e a dignidade não são inerentes à pessoa humana. Pensar desse modo é ir contra a esmagadora doutrina, especialmente a brasileira, mas parece, sob o crivo da hermenêutica constitucional, o entendimento que melhor atinge a finalidade promocional do Direito.

Explica-se: quando se consolida um entendimento de dignidade e personalidade – e também de exercício de direitos fundamentais, por que não? – como manifestações apriorísticas da pessoa, significa dizer que todos têm dignidade e, mais além, que a sociedade e o Estado não precisam fazer – ou deixar de fazer – nada em prol dessas manifestações de dignidade e personalidade.

Para Moureira (2012, p. 10), a luta pelo reconhecimento consubstancia a busca do homem em se fazer pessoa e, nessa toada, faz o autor uma evolução histórica desse processo de construção intersubjetiva de si mesmo que aqui se faz remissão:

Começando na Antiguidade, tem-se a *Polis* como referencial para a existência do homem que, animal político que o é, só existia plenamente na *Polis* e em função dela. Com o advento da Idade Média, sobreveio verdadeira quebra de paradigma da relação homem x *pólis*, de maneira que, rompido esse referencial, e embebido pela ideologia cristã, passou o homem a voltar o centro de sua vida ao seu interior, num movimento de sacralização da alma.

Na Idade Média, esteve o homem encoberto por determinações externas que terminavam por limitar sua liberdade de pensamento e de ação; mais que isso, limitava-se – e aqui se faz referência ao papel da Igreja - o próprio processo de construção da personalidade, o que permaneceu durante a primeira manifestação do Estado Moderno.

Acerca do Estado Moderno absolutista, importante ressaltar que este sufragou as possibilidades do indivíduo em pensar sua personalidade, porquanto tornou próprio do Estado, além do domínio do Poder Público, a tutela dos direitos fundamentais a partir da edificação de vastas limitações ao seu livre exercício. Essa consideração é fundamental para o objetivo que se propõe a presente pesquisa tendo em vista que se admite a possibilidade de construção da personalidade apenas quando viável o livre gozo dos direitos fundamentais como manifestação desse ser construído e reconstruído.

Tem-se, portanto, verdadeira “emancipação do indivíduo humano” (MOUREIRA, 2012, p. 13), apenas quando, historicamente, consegue o homem repetir as predeterminações exteriores de sua condição de ser, o que sofreu grande influência da concepção de moralidade como possibilidade do indivíduo em se autogovernar e, a partir de si mesmo – e não da *pólis*, da igreja ou do Estado – exteriorizar as várias projeções de si mesmo, de forma a efetivar os direitos normativamente conferidos.

Direitos a partir de si mesmo, contudo, não significam, como pode parecer a toda evidência, direitos inatos, em uma concepção naturalizante do direito. Dessa forma, na medida em que não depende o homem de referencial teórico externo no processo de construção de sua personalidade, está-se diante de uma compreensão de encontro do homem em si mesmo o que, conforme Moureira (2013), representava a confirmação do entendimento de homem enquanto indivíduo anterior à sociedade.

Formava-se, por conseguinte, a concepção que se consagrou na doutrina, segundo qual o homem representa em si um valor qualitativo a priori, que o particularizava e também protegia como pessoa, surgindo teses como a do contrato social³, que buscavam traçar a relação entre o sujeito natural e o sujeito político.

Tem-se, nessa toada, uma compreensão neutra do Direito e da sociedade em relação à construção da personalidade e o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o que se amolda à realidade social própria da modernidade. Ocorre, contudo, que com o advento da pós-modernidade e de seus desafios, modificou-se sensivelmente a concepção dos indivíduos, na medida em que não prospera a noção de sociedade una, sendo certo que os agrupamentos humanos, especialmente em países como o Brasil, são caracterizados pelo multiculturalismo, o que implica em uma maior complexidade nas relações de reconhecimento intersubjetivo.

A discussão passa a ter como ponto nevrálgico questões referentes à alteridade, à compreensão do outro e, especialmente, no reconhecimento da construção que o outro faz de si mesmo, de forma que se encerra essa compreensão “nós x eles”, tão comum à modernidade.

Ser neutro, imparcial, significa estar omissos à necessidade dos grupos sociais em se construir enquanto legítimos no processo intersubjetivo e democrático de comunicação, o que é lacerante à partir da hermenêutica constitucional

³ A Teoria da formação contratual do Estado parte do pressuposto de que os diversos grupos humanos realizam, entre si, acordo de vontades com o fim de regulamentar a vida em sociedade. Desse contrato social é que surge o Estado, possibilitando que as pessoas saíssem de um estado de natureza em direção ao Estado civil. Dentre os principais contratualistas, pode-se citar Hobbes; Locke e Rousseau, dentre outros. O germinar do Estado teve como origem a necessidade humana em superar o Estado de Natureza e institucionalizar a busca daquilo que é próprio do homem: o bem público. As origens das teses contratualistas, todavia, é anterior a esses autores e remonta à Antiguidade Clássica. Com efeito, a ideia da *volonté générale* já se encontrava nas obras de Aristóteles e Epicuro, vindo, na Idade Média, a serem trabalhadas pela Escolástica, notadamente por Santo Tomás de Aquino (AZAMBUJA, 2011, p. 121).

empregada sob o ordenamento jurídico. Vale dizer, deve o Direito, por meio de seus instrumentos, se posicionar frente a esse processo de invisibilização do “outro”.

Quando se aceita a noção de dignidade como construção dialógica, significa pensar em uma necessária esfera pública de convivência, na qual o indivíduo constrói e valida, por meio do discurso e do reconhecimento, sua personalidade e dignidade.

Nesse sentido, Moureira (2012, p. 18) discute a possibilidade de se compreender a personalidade como atributo a ser alcançado, sendo para tanto, necessário a implementação de diversas condições, das quais ser humano é apenas uma.

Construir a personalidade e a dignidade significa adjetivar o ser, ou seja, dá-se razão à tese que defende que o ser para ser humano precisa adjetivar a sua existência. E essa adjetivação é reconstruída por meio de processos linguísticos em um contexto democrático de convivência social, que se torna por deveras complexo quando se tem por *locus* a pós-modernidade e os seus constantes desafios no que concerne ao reconhecimento do pluriculturalismo.

O processo de adjetivação da personalidade, partindo de Honneth (2007) se dá a partir do paradigma comunicacional. Para o autor, o processo de reconhecimento recíproco e socialização se dá a partir da percepção do vínculo entre as instituições e a prática da sociabilidade forma a possibilitar uma formação e liberação completa do ser enquanto indivíduo, deixando claro que não, por certo, incompatibilidade entre a filosofia política hegeliana e a compreensão de uma esfera pública democrática de convivência e comunicação.

Essa compreensão é especialmente desenvolvida em A luta por reconhecimento (HONNETH, 2003), na qual o autor estabeleceu como padrões de reconhecimento intersubjetivo o amor, a solidariedade e o direito – este a ser discutido mais a fundo oportunamente.

O ponto de partida para essa teoria da sociedade consiste no fato de que “os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais (HONNETH, 2003, p. 155)”. A construção da personalidade, com efeito, é processo dinâmico.

Para que se possa falar em personalidade no caso concreto, deve-se observar a possibilidade existencial que o indivíduo tem de, enquanto livre e coexistente, se construir; construir a visão que tem de si mesmo ao passo em que constrói sua visão de mundo, tudo a partir de uma rede de interlocução dialógica.

Nesse sentido, prossegue Moureira (2012, p. 18) questionando a conotação cristianizada do termo pessoa, que levou à doutrina majoritária, equivocadamente, pensar em dignidade humana como conceito inato à condição de ser humano. De fato, seria muito mais fácil pensar em respeito e tutela de direitos fundamentais se todos tivessem de fato implementado, pelo simples fato de existir, sua dignidade. Não é o que ocorre.

De forma a sintetizar o processo de construção da personalidade, Moureira (2012, p. 19) apresenta o seguinte problema: se uma pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou coisa, deixará de ser pessoa? Sob o crivo de um processo dialógico de construção do ser tem-se que não se retirará o conceito teórico de pessoa, mas se estará comprometendo suas implicações práticas, especialmente no que se refere ao exercício de direitos fundamentais – ou humanos.

Nessa senda, na medida em que uma pessoa passa a ser tratada como não-pessoa, deixa de ser, em termos práticos, pessoa, visto que a dignidade necessária para seu reconhecimento não é inerente, mas sim uma condição construída a partir da relacionalidade. Não deixará, por óbvio, de ser humano, mas a negação por parte da sociedade de sua personalidade a estará reduzindo à condição de coisa. Com efeito, “o diferencial entre o cão e o homem está no fato deste se autodeterminar e poder se fazer pessoa, ao assumir a sua personalidade” (SPAEMANN, 2000, p. 38).

Também em Hegel (2005) se trabalha a questão do reconhecimento da personalidade. A teoria hegeliana caminha no sentido de negar o reconhecimento como faceta da “história da sociedade”, se aproximando da compreensão da formação do indivíduo para o universo social. Dito de outra forma, tem-se um redirecionamento em favor do reconhecimento da personalidade como processo de formação da autonomia pessoal, decorrência lógica do modelo substancialista de eticidade. Com efeito, Hegel nega a representação clássica de natureza, como essência das conexões ordenadoras estruturadas sistemática e teleologicamente, partindo em direção a uma gradativa ocupação com a autonomia do indivíduo como construtor de sua personalidade.

De novo em Moureira (2002, p. 19), tem-se que a busca pela efetivação das liberdades individuais deve-se dar a partir do processo de construção e afirmação da própria identidade, num movimento dialógico de reconhecimento. Cumpre, portanto, ao estudioso do Direito pensar numa nova hermenêutica dos direitos fundamentais, de caráter pluralista e democrática, que reclama para si um entendimento de pessoa humana como um complexo, mutável, construído e reconstruído, autodeterminado e relacionado a partir de um constante discurso público cujo ponto nevrálgico é a própria identidade e a aceitação da identidade, por si mesmo e pelos outros.

Pensar em direitos fundamentais significa, desta feita, voltar a atenção ao indivíduo enquanto ser livre, apto a se autodeterminar e ter essa personalidade, por ele construída, relacionada; pressupõe uma compreensão da pessoa como indivíduo intersubjetivamente compartilhada.

A partir do reconhecimento de si mesmo e do outro, o indivíduo passa a se construir enquanto pessoa humana, atuando como participante ativo na rede de interlocução, podendo participar livremente da vida social e política democraticamente. O indivíduo visto enquanto pessoa deliberativa, ou seja, possui o condão de fazer seus interesses serem ouvidos e comporem o discurso público. Mais que isso, é capaz de compreender-se como titular de direitos e exigir o seu respeito em face do Estado e da coletividade.

Quando se pensa em construção de personalidade, deve-se atrelar o estudo à questão dos direitos fundamentais, visto que são estes a própria manifestação *in concreto* da sociabilidade. E extremamente relacionada à discussão acerca da pessoalidade como processo surge, nesse contexto, a indagação acerca de direitos dependentes de positivação do Estado ou de direitos antes sequer da estruturação daquele, o que é bem abordado por Pieroth (2011).

Sobre os direitos fundamentais, dispõe Pieroth (2011, p. 46) que é possível reconhecer duas linhas: por um lado, direitos fundamentais entendidos como direitos humanos do indivíduo e, portanto, anteriores ao Estado; e o rol de direitos que cabe ao indivíduo uma vez que este é visto como membro do Estado. Nessa hipótese, os direitos fundamentais são outorgados pelo Estado⁴.

Em sentido similar, Canotilho (2003) propõe um diálogo com a teoria discursiva de Habermas, apontando que os direitos fundamentais representam uma moralidade universal, ou seja, são valores essenciais. Nesse aspecto, ao passo em que o direito positiva e torna exigíveis os direitos fundamentais, estes possuem o condão de legitimar o próprio direito e o Estado Democrático.

Aceitar os direitos fundamentais como dependentes de positivação do Estado, significa mitigar a corrente amplamente aceita das liberdades públicas como inerentes à própria existência humana.

Nesse contexto, regressando a Moureira (2012), tem-se a compreensão de que se se propõe aceitar a noção de direitos como imanentes ao homem, deve-se ter, por lógico, o Estado e o Direito como condição de efetivação desses direitos, na medida em que a eles concede proteção normativa.

Volta-se à questão da fundamentação dos direitos: sob o crivo das teorias jusnaturalistas, alia-se ao aporte de que estes existem independente e de criação de regra jurídica positiva. Noutro giro, há de se destacar que a escola Austríaca, que, esposada por Kelsen (2006) e Jellinek (2000), ao defenderem a tese de Direito como ordenamento normativo-coercitivo negam a tese de direitos inerentes à pessoa, de forma que, fatalmente, descaberia pensar em direitos ausente a corresponde previsão legal.

Dentre os que defendem a tese de direitos como elemento imanente à pessoa humana está Serpa Lopes (1971), segundo quem os direitos que formam a pessoalidade

⁴ O que é comum, assim como o que distingue as duas linhas, pode-se definir ainda com mais precisão: dado também a ideia jurídico-natural de uma liberdade e igualdade anteriores à sociedade e ao Estado não ignora que o ser humano não pode viver sem sociedade e sem Estado, também ela, com a “anterioridade” dos direitos fundamentais, se refere à necessidade de fundamentação jurídica da sua limitação. Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais (“direito natural positivado”), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais. A evolução alemã reconheceu inteiramente este princípio; só de maneira hesitante alargou unicamente o âmbito em que o poder do Estado estava sujeito ao requisito de justificação. Enquanto a América do Norte e a França aferiam já a origem do Estado (soberania do povo) e a América do Norte e a França aferiam já a legislação (primado da Constituição) pelos direitos fundamentais, a Alemanha submeteu-lhes, durante muito tempo, unicamente a Administração (reserva de lei; cf. n.m 334) (PIEROTH, 2011, p.46-47).

são projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana. Dessa forma, como projeções biopsíquicas afasta-se o argumento da necessidade de positivação dos direitos fundamentais.

Não obstante o diálogo acirrado entre as os fundamentos dos direitos e da construção da personalidade, tem-se que, atualmente, conforme ensina Bobbio (2007), mais importante do que estudar “o que é”, deve-se indagar “para que serve”, de modo que imperioso a discussão do processo dialógico no que tange à eficácia dos direitos fundamentais, utilizando, para tanto, o terceiro padrão de reconhecimento intersubjetivo - o Direito, em sua manifestação mais sentidas em tempo de neoconstitucionalismo: a judicialização.

2. Separação dos poderes: repensando um dogma clássico

Ao se falar sobre o ativismo judicial, toma-se como base o princípio da separação dos poderes. Isso porque, segundo parte da doutrina, ao ato de intervenção do Poder Judiciário em matérias de competência dos Poderes Legislativo e Executivo se dá o nome de ativismo judicial. E, conforme se verá a seguir, isso não significa usurpação de função pelo Poder Judiciário.

Nas lições clássicas, “a divisão do poder de Estado em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si, representa a essência do sistema constitucional”, conforme assegura Maluf (2007, p. 217).

Neste cenário, divide-se a manifestação do poder de soberania – uno e indivisível – em três órgãos: o Poder Legislativo elabora as leis e fiscaliza; o Poder Executivo as executa; e o Poder Judiciário soluciona conflitos que possam surgir, promovendo justiça. Desta visão dogmática, tem-se, pois, uma divisão estanque, em que as competências são inflexíveis.

Historicamente, em uma breve análise, a ideia de separação de poderes surge com Aristóteles, em *A Política*, esboçou a teoria da separação dos poderes com base na existência de três órgãos: o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. John Locke (1632-1704) também o fez, mas defendendo a existência de outros poderes indispensáveis às sociedades políticas: Legislativo, Executivo e Federativo (PEIXINHO, 2014, p. 2).

Mais tarde, graças ao doutrinamento de Montesquieu, que tinha como tese a salvaguarda da liberdade, o extermínio da tirania (BONAVIDES, 2004, p. 246), em *O Espírito das Leis* (1748), com ênfase sobre os “(...) limites do poder e da garantia da liberdade política” (PEIXINHO, 2014, p. 3), chegou-se à sistematização da separação dos poderes.

A partir de tal obra, diversas constituições passaram a trazer expressamente o princípio da separação. No Brasil, a primeira que o trouxe explicitamente foi a Constituição Imperial de 1824 que, em seu art. 9º, dizia: “a divisão e harmonia dos

poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (MALUF, 2007, p. 219), o que também é trabalhado por Bonavides⁵.

Em verdade, ainda conforme Bonavides (2007, p. 266), ao se conferir ao homem o exercício do poder, ele sempre é levado a cometer abusos. Faz-se necessário o emprego de fronteiras, um limite indispensável à liberdade humana. A partir da teoria da separação dos poderes, tem-se o poder pelo poder: “A preocupação constante dos teóricos foi sempre de evitar a concentração de todo o poder numa só pessoa ou num só órgão” (MALUF, 2007, p. 218). É o que se denomina “sistema de freio e contrapesos”⁶.

Imperioso se faz entender a separação de poderes da melhor maneira. Vale dizer, não se pode considerá-la de maneira absoluta, em que a separação é latente e inflexível. Isso porque nem mesmo Montesquieu considerava que “(...) cada um dos três clássicos poderes deva funcionar com plena independência e plena autonomia, fechado em departamento estanque”, de acordo com Maluf (2007, p. 219). Ainda de acordo com o mesmo autor, melhor seria falar-se em “(...) *separação de funções*. A divisão é formal, não substancial. O poder é um só; o que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício” (2007, p. 2019).

Na mesma linha, conclui Peixinho (2014, p. 17) que “o princípio da separação dos poderes não foi histórica e originariamente um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, em que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária eram comunicáveis”. De modo diverso, tem-se que a doutrina clássica admitia o exercício de funções compartilhadas.

Desta maneira, deve-se fazer uma divisão formal e funcional. Assim, partir do princípio da separação dos poderes, cada órgão exercerá o poder soberano dentro de sua esfera de ação, o que é explicado por Maluf⁷:

Assim, como se analisará de forma mais profunda no tópico a seguir, os Poderes não são totalmente independentes um do outro, de forma rígida. Na verdade, organizam-se de forma autônoma, mas funcionam em conjunto no exercício da soberania nacional.

⁵ Erigem-no em dogma. Fazem dele o símbolo aferido da liberdade nas organizações do poder político. Onde não se encontra, é porque aí se acha assentado em seu lugar o governo despótico. Partem do enganoso pressuposto de que o poder em si mesmo é imoral. Montesquieu não autoriza essa ilação. Só o poder despótico, corrupto por natureza, maculou-se de vício insanável (BONAVIDES, 2004, p. 266).

⁶ Justifica Bonavides (2007, p. 267): “Descobre Montesquieu que só o poder detém o poder, o que se há de alcançar mediante uma disposição das coisas, em ordem a tolher o abuso dos que o enfeixam. O momento liberal começa aí, culminando subsequentemente no capítulo acerca da Constituição de Inglaterra”.

⁷ (...) o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes independentes no sentido literal da palavra, já que devem ser harmônicos e coordenados entre si. São órgãos de manifestação do poder de soberania nacional, que é, na sua essência, uno e indivisível. Cada um, na esfera da sua função específica, exerce a totalidade desse poder. Como o corpo humano que dispõe de vários órgãos e sentidos (visão, audição, dicção etc.) sujeitos ao fulcro de uma só vontade, o Estado manifesta a sua vontade, o seu poder, através desses três órgãos que compõem a sua unidade. Cada um dos três poderes, isoladamente, sem a correlação e a integração dos dois outros, não chegaria a expressar o poder do Estado (2007, p. 220).

Finalmente, merece consideração o fato de, ao atuar dentro da área de competência de outros Poderes, o Poder Judiciário não está, necessariamente, usurpando o princípio da separação dos poderes. A partir da visão neoconstitucionalista, a Jurisdição Constitucional passa a prever como competência concorrente a efetivação dos direitos fundamentais⁸.

3. Direitos fundamentais como símbolos judiciáveis, ativismo e judicialização

A questão da separação dos Poderes, *a priori*, foi argumento utilizado para obstaculizar a atuação do Poder Judiciário naquilo que foi comumente denominado de “ativismo judicial”. Nesse contexto, é certo que a separação dos Poderes é teoria produto de diversas outras que, ao longo do tempo, foi sensivelmente modificada para adequar às realidades sociais.

Nessa senda, é certo que a teoria da separação dos poderes encontra sua origem mais remota em Aristóteles (1992), segundo quem “todas as Constituições têm três elementos [...] uma delibera sobre os negócios públicos; o segundo concerne à magistratura, tratando da matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la, e o terceiro corresponde ao poder judicante”. Para Aristóteles, todavia, os três elementos eram verdadeiras funções – ou competências – a serem exercidas, todas, pelo soberano.

Na era medieval, Cronwell admitiu a separação entre os poderes Executivo e Legislativo ao propor o Protetorado. Já em Locke, tem-se a divisão entre Executivo, Legislativo e Federativo, cabendo a este a função destinada às relações internacionais. Não havia menção a um Poder Judiciário autônomo, devendo a judicância ser realizada pelo Legislativo (SANTOS, 1992, p. 210).

Foi com Montesquieu, todavia, que a teoria da separação de Poderes se incorporou ao constitucionalista, tendo sido concebida, como ensina Dallari (2014) para assegurar a liberdade dos indivíduos (*Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*). Trata-se da limitação, pelo poder, do próprio poder, na medida em que, conforme acreditava Montesquieu, quando na mesma pessoa se reunia a competência para legislar, administrar e dizer o direito, não há liberdade, podendo o monarca editar leis tirânicas para tiranicamente executá-las. Proposta de maneira sistemática no século XVIII, com o objetivo de proteger as liberdades dos indivíduos, “mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos

⁸ “No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efetivar os direitos fundamentais” (PEIXINHO, 2014, p. 17).

poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados” (DALLARI, 2014, p. 77).

Originalmente, a teoria pensada por Montesquieu era de tal forma que os poderes eram totalmente independentes um do outro, de forma rígida, não havendo que se falar em controle de um poder sobre o outro. Essa doutrina, todavia, passou a ser mitigada, a partir do advento da teoria do *checks and balances*, que propunha deixar os Poderes de ser absolutos, comportando uma compreensão de harmonia e interdependência, o que foi adotado pelo constituinte de 1988 (Art. 2º *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*). Não obstante a Constituição trazer a expressão “independentes”, correto pensar em interdependência, na medida em que traz em seu bojo mecanismos de controle sob a feições de funções atípicas.

Trata-se, consoante disposição de José Afonso da Silva (2011) da admissibilidade no sistema constitucional brasileiro de interferências recíprocas entre os Poderes, visando à manutenção no equilíbrio das funções do Estado, o que, num primeiro momento, desponta como argumento favorável a eventual ativismo judicial⁹.

Atualmente, os debates em torno da atuação do Poder Judiciário e que legitimam esse desdobramento, têm como tônica a possibilidade de se trabalhar com maior fluidez dentro do direito, levando em conta os direitos das minorias e a existência de conceitos transitórios. Afinal, ao Judiciário é conferido o papel contramajoritário justamente no afã de tutelar adequadamente as minorias; vale dizer, um Judiciário com efetiva participação popular em prol da construção de uma sociedade democrática.

Nesse contexto, necessário conceituar ativismo judicial, que nas palavras de Ramos (2013, p. 129) compreende o fenômeno “de exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento”. A crítica surge sob o ponto de vista da desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário em detrimento dos demais Poderes, especialmente o Legislativo, porquanto “tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidade por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativista invalidade por decisões excessivamente criativas” (RAMOS, 2013, p. 123).

Sobre esse protagonismo político, a doutrina (CARVALHO, 2004, p. 117) aponta seis condições para seu surgimento e consolidação: a) um sistema político democrático; b) a separação dos Poderes; c) o exercício dos direitos políticos; d) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; e) o uso dos tribunais pela oposição; e f) a inefetividade das instituições majoritárias.

⁹ O tema judicialização da política ou politização da justiça denota a intervenção decisória do Poder Judiciário capaz de afetar a conjuntura política nas democracias contemporâneas. A consequência imediata dessa intervenção é a ampliação do Poder Judicial em matérias que seriam, em tese, reservadas às competências do Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *checks and balances* (PEIXINHO, 2008, p. 14).

Para Castro (1997, p. 147), são condições que propiciaram o surgimento do ativismo, influenciando, diretamente, no sistema jurídico na atualidade, a constitucionalização do Direito pós 2ª Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana, e, por fim, a tradição kelseana de controle de concentrado de constitucionalidade de leis.

De forma a sintetizar a progressão da atuação do Poder Judiciário no decorrer dos paradigmas do constitucionalismo, tem-se que no primeiro ciclo, de cunho liberal, o Estado era acanhado, limitando sua atuação à condição de *bouche de la Loi*, devendo o juiz guardar uma leitura objetiva da lei.

No constitucionalismo social, o Judiciário se via mais criativo, não obstante ainda vinculado ao espírito da lei em uma lógica positiva. A aplicação da lei, nesse cenário, partia de uma ideia cartesiana de formação de conhecimento, estando o juiz preso a uma cadeia de leis, dentre as quais pode optar pela mais adequada ao caso concreto – metáfora da Vênus de Milo.

Por fim, o neoconstitucionalismo, que implicou numa verdadeira releitura da Separação dos Poderes no que toca os limites de atuação do Poder Judiciário e os riscos a isso inerente. Teme-se pela tomada de decisões para além da discricionariedade, atingindo status de arbitrariedade. Por outro lado, deposita-se no Judiciário a esperança de uma decisão democraticamente justa, a partir de contornos heterogêneos e pluralistas.

A esse respeito, Bolesina e Henning (2013, p. 569) apontam para o fato de que o direito fundamental, por se consubstanciar em conteúdo substancialmente aberto, demanda de preenchimento semântico, não merecendo acolhimento as vezes na doutrina no sentido de não possuir o Poder Judiciário legitimidade para concretizá-lo. A indagação proposta é: “qual a diferença entre um Poder Legislativo e/ou um Poder Executivo arbitrário e enclausurado nos labirintos de sua Casa e um Poder Judiciário não democrático e discricionário ou vice-versa? (2013, p. 569)” e a resposta apresenta é: nenhuma.

Explica-se: ao Executivo e Legislativo é conferido uma presunção de democracia decorrente da forma em que são formatados. Todavia, essa presunção pode não se sustentar frente ao caso concreto diante da possibilidade de proferimento de decisões altamente antidemocráticas, cabendo até pensar em uma crise de legitimidade pela qual passa as instituições desses Poderes. “Daí porque mesmo o Legislativo e o Executivo, instâncias classicamente democráticas, possam perder tal qualidade, quando não estão abertos para receber os impulsos sociais de participação política, quando obstruem suas vias de transparência, de ética” (BOLESINA; HENNING, 2013, p. 570).

Noutro giro, o Poder Judiciário que, não obstante classicamente não ser compreendido como poder democrático, tendo em vista não ser popularmente representativo, pode vir a ser pela construção de um modelo de jurisdição constitucionalmente democrático, aberto à deliberação.

Sob o crivo da ponderação, a separação dos Poderes tem peso menor que os direitos prestacionais haja vista que estes estão intimamente conectados à tutela dos direitos humanos (ALEXY, 2007). Por outro lado, em Dworkin (2008), pode-se considerar que a decisão que reconhece os direitos prestacionais como subjetivos dos indivíduos se configura como aquela que se coaduna com o dever de integridade, sustentáculo de todo o ordenamento jurídico em tempos de pós-positivismo.

Por fim, importante destacar que parte da doutrina, a exemplo de Streck (2007), seguido por Lima (2014) traça uma distinção conceitual entre ativismo judicial e judicialização da política. Segundo essa linha, a judicialização é fenômeno atrelada à vício de (in)competência, na medida em que o Judiciário age para além, invadindo o campo de atuação dos demais Poderes, o que ocorre, por exemplo, com as políticas públicas. Já o ativismo, por sua vez, ocorre quando o juiz substitui os juízos políticos e morais do Administrador/Legislator pelos seus, partindo de aspectos subjetivos, fazendo surgir, nesse cenário, as decisões solipsistas.

Segundo esse entendimento, “a judicialização é um fato e diz respeito aos assuntos relevantes do ponto de vista político, social ou morais, decididos, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (2014, p. 90). Vale dizer, consigna tornar o Judiciário competente, transferindo o poder e a participação no jogo político da divisão do poder estatal, de modo que a ela caberá dar a última palavra em assuntos que, classicamente, eram decididos pelo Legislativo ou Executivo.

Por outro lado, o ativismo judicial diz respeito “à participação ativa do Judiciário na proteção dos princípios constitucionais e em sua efetiva realização, através do controle da atividade dos demais poderes, especificamente em suas omissões”, de modo que reflete verdadeiro perfil dos juízes (LIMA, 2014, p. 91). Diz-se juízes ativistas, nessa linha de raciocínio, aqueles que participam de forma mais ampla e efetiva na concretização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, garantindo sua aplicação e eficácia no caso concreto.

Necessário destacar, novamente, que essa conceituação ainda é alvo de críticas na doutrina, não havendo qualquer proximidade em relação a um consenso conceitual, de modo que para muitos (ALVES; MARISCO, 2015) ativismo e judicialização são sinônimos.

4. Audiência pública e *amicus curiae*: instrumentos para legitimação democrática das decisões judiciais ativistas

O exercício de conceituar legitimidade é árduo, quicá impossível. Seu conceito transcende barreiras que dividem o conhecimento em áreas específicas. No plano político, em primeiro, partindo-se de uma análise da Constituição Federal de 1988, chega-se à ideia de sistema representativo, em que se tem um mandante, o povo (*demos*); um mandatário, aquele eleito para o exercício do poder de governo; e o mandato político, “(...) o tronco vigoroso por onde viria circular toda a seiva necessária à florescência

democrática”, concedendo ao mandatário a qualidade de representante do povo, o mandante (MALUF, 2007, p. 239).

Neste cenário, a legitimidade do poder público provém da qualidade de mandatário que ele exerce, isto é, do papel de representante da vontade geral da nação.

No plano jurídico, em segundo, tem-se um cenário legitimador menos claro. Prevê a Constituição Federal, em seu art. 93, inc. I, acerca da Magistratura, o princípio do ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos. Ou seja, é um procedimento fechado, em que não se elege um representante, mas nomeia-se aquele que atender às expectativas do edital.

Partindo-se daí, surge a questão: o magistrado, por meio de um provimento judicial, poderá determinar a realização de um ato tipicamente político, forçando o Estado-Administração à implementação de uma política pública. Infere-se, destarte, uma fuga à tripartição dos Poderes – na lição de Montesquieu. Forçoso se faz o questionamento acerca da legitimidade de tal conduta. Ora, o ingresso à carreira, conforme explicitado acima, é promovido por concurso público de provas e títulos; portanto, não há qualquer mandato de representação que possa legitimar a atuação ativista do magistrado no campo político, que é papel do mandatário (o eleito pelo povo).

Nasce a necessidade de análise de instrumentos que garantam um processo dialógico e democrático – possibilitando-se, ainda que em uma decisão ativista, a participação dos agentes sociais – como a audiência pública e o *amicus curiae*.

A audiência pública, nas lições de João Batista Martins César (2011, p. 356), pode ser conceituada como “um instrumento colocado à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover um diálogo com os atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante”.

O cidadão deixa de ser mero destinatário final e passa a atuar como elemento ativo da democracia, auxiliando a Administração Pública em suas atividades. Como tal, torna-se “(...) mecanismo não só de concessão de legitimidade e conhecimento de determinado ato administrativo, mas principalmente construção da realização do interesse público a ser satisfeito efetivamente pela participação dos indivíduos interessados direta ou indiretamente” (OLIVEIRA; MUNAIER, p. 5).

Até então, poder-se-ia imaginar a atuação popular apenas nas decisões da Administração Pública – aqui entendida em seu conceito amplo. Ocorre que, por vezes, em razão do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), o magistrado (presentando o Poder Judiciário) adentra ao mérito de um ato praticado por outro Poder. Neste caso, a atuação dos atores sociais dar-se-á dentro de um processo judicial - e não apenas em uma seara administrativa.

O *amicus curiae*, por sua vez, foi incluído explicitamente no art. 138 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que dispõe que O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão

social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação

O Código de Processo Civil incluiu o referido instituto em seu título que trata das intervenções de terceiro. Neste interim, a partir do códex processualista, o *amicus curiae* é considerado como uma modalidade de intervenção de terceiros.

Não obstante, tem-se na doutrina saliente discussão acerca de sua natureza jurídica: ora é tido como forma qualificada de assistência (BUENO FILHO, 2002, p. 137), noutro como típica intervenção de terceiros (PEREIRA, 2003, p. 39-44) e, até mesmo, como forma de intervenção *sui generis* (WAMBIER, 2007, p. 80).

Deixando de lado os apontamentos sobre sua natureza jurídica, o que se deve levar em conta é a sua valiosa função: trata-se de um instrumento de participação efetiva na construção do provimento jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Na lição de Lima (2016, p. 8), o *amicus curiae* “[...] atua no sentido da ampliação do círculo de intérpretes da Constituição e traz ao Juízo novas formas de compreensão da controvérsia”. Assim, não se vincula à defesa jurídica das partes, mas, ao contrário, possui total liberdade para atuar como auxiliar do juízo nos âmbitos jurídico, social, político ou econômico – questões que, por vezes, estão em campos específicos externos ao Direito¹⁰.

A partir da análise dos presentes institutos, o que se visa é a concretização de um processo democrático. Explica-se: a um, no que tange à audiência pública, vê-se a necessidade/existência de um instrumento de promoção de influência popular que ocorra não só em âmbito administrativo, mas também em âmbito judicial. O problema principal gira em torno da legitimação conferida às decisões daquele ou deste. Ora, os Poderes Executivo e Legislativo, por serem eleitos por voto direto e, então, representarem a vontade geral da nação, têm suas decisões legitimadas. De outro lado, ao analisar-se a atuação ativista do Poder Judiciário (que se adentra em âmbito discricionário-administrativo), tem-se, a princípio, uma falta de legitimação. Por meio da audiência pública, realiza-se a abertura democrática e dialógica do processo, permitindo-se, desta forma, a solução do problema de legitimação antes auferido.

A dois, no que se refere ao *amicus curiae*, atinge-se a vivificação do processo – e do direito – às alterações sociais. “Em vez de reduzir os objetos da demanda, age em prol da organização social servindo para equilibrar os valores do interesse privado e do

¹⁰ Percebe-se, a partir daí, que o fundamento do *amicus curiae*, conforme Lima (2016, p. 24, apud GONTIJO; SILVA, p. 88) “[...] está contido nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, consubstanciado, segundo o professor Peter Habermas, no princípio da esperança, o qual consiste no dever de cada cidadão (o povo) tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam, a fim de possuir o status *activus processualis* para possibilitar, dentro desse contexto, a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição”.

interesse público” (LIMA, 2016, p. 20, apud PEREIRA, 2002, p. 10). A atuação ativista do Poder Judiciário, alicerçada na abertura do processo por meio do *amicus curiae*, torna-se legitimada.

Todos os argumentos até aqui apresentados levam até a ideia da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão. Ele idealiza a democracia por um viés deliberativo, tomando um meio termo entre a teoria política republicana e a teoria política liberal. Em semelhança com a primeira, “[...] a teoria discursiva da democracia reserva uma posição central ao processo político de formação da opinião e da vontade”. Como a segunda, “[...] os limites entre Estado e sociedade são respeitados” (LUBENOW, 2010).

A teoria da ação comunicativa, em linhas gerais, visa à normatização de procedimentos que garantam “[...] formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade [...]”, isto é, um processo de institucionalização da formação racional da opinião e da vontade (LUBENOW, 2010). Dentro do contexto do ativismo judicial, a partir da referida teoria, em uma sociedade em que vivem seres cognitivamente autônomos e racionais, faz-se necessário um controle racional e pragmático de todo o procedimento, ao final do qual se terá uma decisão. Chega-se à participação nas decisões.

5. À guisa de considerações

No Brasil pós-Constituição Federal de 1988, especialmente em decorrência da doutrina do Min. Roberto Barroso acerca do neoconstitucionalismo, passou-se a pensar o ativismo judicial como prática necessária à garantia da efetividade dos direitos fundamentais, facilitando, assim, o cumprimento do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, expresso no art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, embora a crítica mais densa acerca da ilegitimidade das decisões ativistas repouse no fato de que o Poder Judiciário não foi escolhido pelo povo, hoje há entendimento que sua legitimidade é de viés procedimental, e que se cumpre quando a jurisdição funciona como fomentadora dos direitos fundamentais.

Por meio da teoria da ação comunicativa de Habermas, tornar-se ia possível, por meio do diálogo entre os indivíduos, extrair conceitos que oferecessem base para orientações comuns. Dentro do processo, com a sua abertura pelos procedimentos propostos neste trabalho, a participação dos atores sociais atuaria na formação da base pela qual tomaria partido o magistrado.

A proposta de ampliar o debate judicial com a participação popular direta nas formas dos institutos da audiência pública e do *amicus curiae* surge no afã de contribuir para a construção de um processo democrático, colaborativo e efetivo, avançando na construção a respeito de um novo modelo de pensar os direitos humanos em juízo e, no

campo fático, demonstra sua relevância social ao aproximar a eficácia da tutela judicial pretendida.

Assim, com os institutos em apreço, observa-se um novo modelo de processo, nos quais as decisões sobre políticas públicas são tomadas partindo de um debate, configurando-se um espaço público de deliberação, e a democracia como argumento discursivo, tal qual pensado por Habermas.

Referências

- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Editora Globo, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito*. Apresentação de Celso Lafer. 1. ed. Barueri: Manole, 2007.
- BRASIL. *Código de processo civil: Lei n.13.105, de março de 2015*. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações. Seção 1, p. 29514.
- BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. Revista AJUFE, v. 21, n. 70, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CÉSAR, João Batista Martins. *A Audiência Pública como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais*. RVMD, Brasília, V. 5, nº 2, p. 356-384, Jul-Dez, 2011.
- HEGEL, G.W.F. *Introdução à Filosofia do Direito*. Clássicos da Filosofia: Cadernos de tradução. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.
- HONNETH, Axel. *A luta por reconhecimento: a luta moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa, São Paulo: Editora 34, 2003.
- _____. *Sufrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Tradução de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular/Esfera Pública, 2007.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- LIMA, Eduardo Martins de. “O Instituto do Amicus Curiae e o Direito Brasileiro”. In: Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Antonio Celso Baeta Minhoto, Celso Hiroshi Iocohama, Marcelo Labanca Corrêa De Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 8-28.
- LUBENOW, Jorge Adriano. “Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas”. *Modelo teórico e discursos críticos*, 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SO100-512X2010000100012>. Acesso em: 04 jun. 2017.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOUREIRA, Diogo Luna. *O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em movimento: o processo dialético de construção e afirmação da pessoalidade*. In: Revista DIXI vol. 14. núm. 16 julio – diciembre, 2012.

OLIVEIRA, Herik Nelson Franco; MUNAIER, Eduardo Antônio Dias. *Audiência Pública como instrumento de participação social e legitimação das atividades da Administração Pública*. Disponível em: <http://www.der.mg.gov.br/images/TrabalhosAcademicos/audiencia-publica-como-instrumento-de-participacao-social-e-legitimacao-das-atividades-da-administracao-publica-herik_oliveira.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus curiae: intervenção de terceiros*. Revista de Processo, v. 109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-44.

PEIXINHO, Manoel Messias. *O Princípio da Separação Dos Poderes, A Judicialização Da Política e Direitos Fundamentais*. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília-DF. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Editora do CONPEDI, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Souza, São Paulo: Saraiva, 2011.

SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Ed. Eunsa, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Ed. Loyola, 1997.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* Direito e Democracia, Canoas, v. 8, n. 1, p. 76-80. jan./jun. 2007

ESTRUTURA FAMILIAR SEM CASAMENTO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA UNIÃO DE FACTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DOCTRINA PORTUGUESA, NUM ESTUDO COMPARADO COM A UNIÃO ESTÁVEL BRASILEIRA.

FAMILY STRUCTURE WITHOUT MARRIAGE: AN ANALYSIS OF THE FACTO UNION INSTITUTE IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION AND PORTUGUESE DOCTRINE, IN A COMPARATIVE STUDY WITH THE STABLE BRAZILIAN UNION.

Caroline Buarque Leite de Oliveira¹

Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve histórico: da família patriarcal às famílias constitucionalizadas; 3. Novos arranjos sociais: entidades familiares sem casamento; a) A união estável no Brasil; b) A união de facto em Portugal; 4. Conclusão; Referências

1. Introdução

Dos vários arranjos sociais existentes desde a antiguidade aos tempos hodiernos, a família talvez seja o que continua passando pelas mais profundas transformações. Apesar de fazer parte de um ramo de direito privado, na história recente o que mais tem se visto é justamente a intervenção estatal nas relações familiares. Seja para reconhecê-las, seja para protegê-las, seja para desconstitui-las, ou seja, ainda, para fazer valer os efeitos irradiantes das relações desses arranjos sociais.

Verifica-se, pois, que o Direito desenvolve-se em torno desses contornos familiares, haja vista a célebre expressão “*ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*”². Ora, do latim trazemos justamente a ideia de que os homens viviam em arranjos sociais (o que permanece nos dias atuais), e que o Direito regulava tais relações, ou esta seria uma de suas razões de ser.

Como o legislador cria as leis para normatizar os fatos futuros, muitas vezes, as modificações das relações sociais são mais rápidas que a própria atuação legiferante, e

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – Turma T13. Advogada. Autora de Livro. Membro do IBDFAM. Pós Graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós Graduada em Direito Constitucional pela Universidade UNIDERP-Anhanguera-MT. 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. Membro Voluntário do Gespública – Programa de Qualidade do Governo Federal em parceira com a Fundação Nacional da Qualidade – FNQ. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Tiradentes – Maceió/AL. Especialista em Engenharia de Software pela Fundação Educacional Jayme de Altavila – FEJAL; Bacharela em Ciência da Computação pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

² Cunhada pelo jurista romano Ulpiano. Significando: “onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito”. Sócios – **sociologia e direito**. [Em linha]. 28 de agosto de 2011. [Consult. 28 abril 2017]. Disponível em <http://sociologiadodireitounesp.blogspot.com.br/2011/08/ubi-jus-ibi-societas-ubi-societas-ibi.html>

dessa forma, algumas relações ficam sem a tutela estatal, e o pior: marginalizadas pela própria sociedade.

Os séculos passados foram marcados por relações, em que a família dita “tradicional” era aquela formada por um homem, uma mulher, e sua prole. A mulher não possuía função de chefe de família, ao contrário, ficava submissa ao “*pater família*”. A figura masculina domina as relações. Eram famílias oriundas de relacionamentos puramente patrimoniais, outras provenientes dos ditames da religião, haja vista a fé católica ter sido expandida especialmente no Ocidente.

A revolução industrial foi um dos fatores que fez com que houvesse uma maior necessidade de mão de obra. E a mulher passou a integrar o mercado de trabalho. O que também influenciou nas relações familiares, dando início a algumas mudanças. Além disso, a religião começava a perder um pouco de espaço, com a Reforma Protestante, e deixava de ser o centro do Estado. De tal forma, que foram surgindo novos arranjos sociais e formas de família.

Os ideais libertadores e as constituições, cada vez mais pautadas em direitos fundamentais e humanos, passaram a ser de grande valia para os vários ramos do Direito, especialmente o Direito de Família, que passou a ser constitucionalizado e interpretado à luz da Lei Maior, com suas regras e princípios.

Juntamente com essas conquistas, muitos problemas cujo Direito não tinha sequer resposta passaram a aparecer. Numa relação extraconjugal como dividir a herança do *de cujus*? Como seriam tratados os filhos oriundos de tais relações? E os filhos adotivos? Como aceitar permanecer casado com alguém pelo qual não se sente afeto? Como negar o direito sobre seu próprio corpo e sua personalidade em constituir uma nova família, se vives infeliz? Como o Estado protegerá as uniões que não foram formalizadas pelo casamento? Como negar as relações existentes entre pessoas do mesmo sexo? Como negar os efeitos patrimoniais, sucessórios e cíveis dessas relações? Como ficaria o direito de filiação dos filhos daqueles que convivem em união de facto ou união estável? Será que o princípio da igualdade tem sido mesmo aplicado às relações familiares? Quais os limites da dignidade da pessoa humana? Será que a mera formalidade supera e sobressai à vontade das partes numa relação tão personalíssima como a livre vontade em constituir uma família? Qual o limiar do Estado entre proteger e limitar uma união? Em que se baseiam verdadeiramente as famílias, no afeto como laço que os une, ou na imposição estatal em ditames meramente formais e ultrapassados em seu tempo?

Sem a finalidade de exaurir e responder todas essas questões, o presente trabalho tem por objeto analisar a estrutura familiar sem casamento no Direito Português, delimitando-se e centrando-se os estudos nas uniões de facto, sem o intuito de esgotar os efeitos oriundos de tais relações, não sendo considerado para fins desta análise o instituto da economia comum. Pautando-se em uma metodologia dedutiva, com base em pesquisas bibliográficas, doutrina, jurisprudência, leis, artigos científicos, notícias

relevantes ao mundo jurídico, tanto do Direito Português, quanto do Direito Brasileiro, será trazido um breve histórico acerca das famílias.

No capítulo 2, estudar-se-á desde a família patriarcal até a família constitucionalizada, com vistas a explicar a evolução dos relacionamentos familiares, além de trazer à tona os princípios que regem as relações familiares e embasam novos arranjos sociais, bem como a interpretação constitucional do direito de família.

Já no capítulo 3, entrar-se-á na ceira da família moderna, ou seja, da estrutura familiar sem casamento. Será enfatizada a união de facto portuguesa, e sua vertente brasileira, a chamada união estável. Realizar-se-á um estudo comparado desses dois institutos, demonstrando suas semelhanças e diferenças. Sem o objetivo de esgotar todo o assunto, serão abordados ainda, desde a sua concepção, seus efeitos, até o momento da extinção de tal relação, passando-se ainda por julgados interessantes acerca da temática.

Por fim, será feita uma análise dos avanços no Direito de Família Português e Brasileiros em relações às conquistas já alcançadas, especialmente nos casos de estrutura familiar sem casamento, para que então se possa discutir e concluir a possibilidade de elevar a união de facto portuguesa a uma estrutura de família.

2. Breve histórico: da família patriarcal às famílias constitucionalizadas

A ideia de conviver em uma espécie de sociedade e não viver isolado está relacionado à própria razão de ser dos seres vivos, afinal, a função da procriação inerente aos animais possibilitou que eles terminassem se aproximando uns dos outros. E vivessem muitas vezes em grupos, bandos, sociedades ou colônias.

Com o homem não foi diferente. O ser humano em si mesmo é familiar.³ Desde os primeiros grupos que habitaram o mundo, existiu alguma forma de relacionamento entre os seres; sejam por afinidade, por necessidade, por proximidade, por fatores naturais.

O passar dos anos fez com que os homens procurassem regular sua relação entre si, delimitando direitos e deveres àquele tempo. Fossem regras arcaicas aos olhos de hoje, mas nas antigas civilizações, os homens passaram a cuidar da família, a caçar para conseguir alimentos e a lutar para sua perpetuação. Às mulheres, cabia a tarefa de cuidar da prole, de zelar pela casa que servia de moradia para família, de preparar o alimento; de certo modo, ser submissa ao chamado chefe da família, que era centrado na figura do homem; um modelo típico de família romano.

Naquele tempo, a Igreja Católica tinha um grande domínio especialmente no mundo ocidental, o que levou a muitas famílias a prometerem seus filhos segundo as leis

³ CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de direito da família**. 3ª. ed. ver. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016. 432 p. ISBN 978-972-40-6493-2. p. 13.

da Igreja a outras famílias, de modo ainda, que houve uma manutenção do patrimônio dentro de um mesmo reduto familiar. A família patriarcal dominava a sociedade. Proteger o patrimônio era também objetivo da instituição familiar.

Os casamentos, cuja validade só existia se fosse religioso, tinha não apenas uma finalidade de procriação, mas também, de manter o patrimônio dentro de uma mesma família. O domínio era então da família patriarcal. Existia ainda uma hierarquia entre homens e mulheres, em que estas não “podiam expressar” suas próprias vontades. E muitas vezes os casamentos já começavam fadados ao fracasso. Tal modelo foi dominante do Período Colonial até o Brasil Império.

No século XVIII, com a revolução industrial, a necessidade de mão de obra passou a aumentar. A revolução das máquinas deu origem a uma grande migração do homem do campo para a cidade. Já não havia mais espaço para a mulher pura e simplesmente não participar do mercado de trabalho. O mundo capitalista fez com que a mulher começasse a ter sua própria fonte de renda e passasse a também ter “voz” em suas casas. A submissão passava a ficar mais secundária. Paralelamente a isso, a Igreja Católica foi perdendo sua supremacia frente ao Estado. E este passou a ditar as regras das relações privadas inerentes aos arranjos sociais.

Com o avanço do comércio, muitos chefes de família passaram a viajar, e deixar suas esposas e seus filhos por longos períodos de tempos sozinhos. Em viagens, era comum se envolverem com outras mulheres, as chamadas “concubinas”⁴, com quem terminavam por manter relações extraconjugais. Algumas vezes as esposas tomavam ciência dessas relações, mas como era reprovável pela sociedade uma mulher ser “separada” do marido, e também, em sua grande maioria dependiam economicamente dos seus cônjuges, e ainda, a Igreja não admitia o divórcio (fato que ainda persiste nos dias atuais), as mulheres terminavam por manterem casamentos sem laços afetivos; puro e simplesmente em razão da família em si, ou seja, da família como um fim em si mesma. Já que naquele tempo, a própria instituição família era o centro e objetivo da relação; os indivíduos permaneciam unidos para manter a estrutura familiar.

A ruptura do casamento católico como única forma de instituir família foi tirada de exclusividade no Brasil ainda no ano de 1890.⁵ A Constituição da República trazia um

⁴ Muitas vezes as concubinas eram mulheres de boa-fé; não sabiam que estavam a envolverem com homens casados, que já tinham famílias constituídas. E então terminam criando uma nova família paralela àquela já existente pelo seu suposto “companheiro”. Segundo Rodrigo da Cunha, quando as chamadas concubinas não possuíam como se sustentar e procuravam o Judiciário, Os Tribunais terminavam concedendo uma chamada “indenização por serviços prestados”, que em Portugal chamamos “cama e mesa”. Na Europa, a França foi pioneira na figura do concubinato. Em Portugal, a figura do concubinato também existiu, assim como em outras regiões europeias. PEREIRA, Rodrigo da Cunha - Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) **Direito das famílias e o novo código civil**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 257-275, (2015) p. 274.

⁵ “DAS FORMALIDADES PRELIMINARES DO CASAMENTO

Art. 1º As pessoas, que pretenderem casar-se, devem habilitar-se perante o oficial do registro civil, exibindo os seguintes documentos em forma, que lhes deem fé publica:

§ 1º A certidão da idade de cada um dos contraentes, ou prova que a supra.

país laico, o que facilitou a separação entre o Estado e a Igreja. Mas mesmo com o Estado ditando as normas das relações privadas e possibilitando o casamento civil, o Direito Canônico ainda deixava seus resquícios. A exemplo do Código Civil Brasileiro de 1916, em que o desquite não extinguiu o vínculo conjugal, e a mulher continuava submissa ao homem. O referido diploma civil trazia muitas características do Direito Canônico, e assim, dispositivos relacionados à proteção do patrimônio e relegação de vários direitos da mulher.

Do outro lado do Atlântico, em Portugal, a situação não era diferente. A mulher era dada em casamento em troca de um dote, com vistas a manter o patrimônio dentro das famílias tradicionais⁶. O Homem também era o chefe da família e as esposas ficavam sob sua submissão. E foi justamente com a Reforma Protestante e o enfraquecimento da Igreja Católica, que o Estado foi passando a interferir nas relações familiares⁷.

A partir do século XIX, a visão da família começa a mudar, e os membros daquelas relações passam a ter importância frente à instituição em si. A possibilidade do divórcio, tanto no direito brasileiro⁸, quanto no direito português⁹, terminam por colocar em *check* a tríade “monogamia, estabilidade, indissolubilidade”¹⁰, que era inerente ao casamento. Abria-se então, uma grande possibilidade para a existência de novas situações, que proporcionassem a formação de novos arranjos familiares, e assim, as concepções e aceções de família passasse a ser revista no mundo moderno.

Por mais que as legislações tentassem proteger a instituição “família”, várias relações paralelas surgiam. Eram as relações concubinárias. Que eram positivadas no Código Civil Brasileiro de 1916, como concubinato puro (quando nenhum dos pares sabia

§ 2º A declaração do estado e da residência de cada um deles, assim como a do estado e residência de seus pais, ou do lugar em que morreram, si forem falecidos, ou a declaração do motivo por que não são conhecidos os mesmos pais, ou o seu estado e residência, ou o lugar do seu falecimento.

§ 3º A autorização das pessoas, de cujo consentimento dependerem os contraentes para casar-se, si forem menores ou interditos.

§ 4º A declaração de duas testemunhas, maiores, parentes ou estranhos, que atestem conhecer ambos os contraentes, e que não são parentes em grau proibido nem têm outro impedimento, conhecido, que os iniba de casar-se um com o outro.

§ 5º A certidão de óbito do cônjuge falecido, ou da anulação do anterior casamento, si algum dos nubentes o houver contraído”.

Decreto nº 181 de 24 de janeiro 1980 - **Dispunha sobre a lei sobre o casamento civil**. [Em linha]. [Consult. 21 de abril]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>

⁶ CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de direito da família**. 3ª. ed. ver. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016. 432 p. ISBN 978-972-40-6493-2. p. 77

⁷ Idem – **Op. Cit.** p. 82.

⁸ Lei nº 6.515/77 - Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. [Consult. 20 março 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-normaatuizada-pl.html>

⁹ Decreto Lei nº 3 de novembro de 1910 - **Diário do Governo**. nº 26, 4/11/1910. p. 282

¹⁰ CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de direito da família**. 3ª. ed. ver. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016. 432 p. ISBN 978-972-40-6493-2. p. 87.

de impedimento para relação) e concubinato adulterino (quando havia impedimento aos pares para estabelecer a relação)¹¹ Foi justamente a partir dessas relações que nasceu a hoje forma de família reconhecida e consagrada pela Lei Maior Brasileira, a união estável.

O Neoconstitucionalismo¹² passou a expandir-se pela Europa e pelo Ocidente. O período Pós Guerra, fez com que as Constituições de diversos países passassem a trazer uma pauta de valores internos referindo-se a direitos fundamentais. Havia uma rigidez constitucional e um órgão de controle, na Europa, os Tribunais Constitucionais, que garantiam a supremacia da constituição.

Com isso, as leis infraconstitucionais passaram por um processo de recepção ou não pela ordem jurídica que se inaugurava em determinados países, a exemplo de Portugal, Espanha e Brasil, que tiveram uma democratização mais tardia¹³. A Constituição passou então a colocar em segundo plano o próprio código civil mesmo nas relações privadas. Algumas leis começaram a ser alteradas. E no Brasil, em 2002, nasceu um novo código civil.

Seja no Brasil ou em Portugal, a Constituição passou a ser uma espécie de “bússola orientadora” com “norte magnético” apontado para suas regras e princípios, sem que a legislação infraconstitucional pudesse infringir seu conteúdo, tanto em sentido formal quanto material, sob pena de inconstitucionalidade. As interpretações das legislações ordinárias passaram a ser feitas sob o prisma da Constituição Federal, especialmente no que tange o respeito a direitos fundamentais e princípios estruturantes.

¹¹ Dessa forma, o próprio Código Civil tratou de separar as relações concubinárias. O Art. 1.727 do Código Civil de 2002 tratou de estabelecer as diferenças entre o concubinato puro e adulterino. O Concubinato puro virou a chamada união estável, ou seja, foi estabelecida àqueles que não constituíam óbices ao casamento. Já o concubinato adulterino, atualmente tratado apenas como concubinato, que se tratava das famílias simultâneas, coube às relações em que existem impedimentos entre seus pares de contraírem bodas. Segundo Maria Berenice Dias, o legislador foi um tanto quanto incoerente e contraditório, pois não passou a afirmar enfaticamente que “as relações paralelas não constituem união estável”. Segundo a autora, a ideia era deixar de fora de quaisquer direitos alimentar, legatário ou hereditário num caráter punitivo, as relações que não tinham proteção jurídica. DIAS, Maria Berenice - **Direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11^a. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 733p. ISBN: 978-85-203-6710-0 p. 244.

¹² “[...] 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 deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco 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.” BARROSOS, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. pp.1-53. [Em linha]. [Consult. 17 março 2017]. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf

¹³ Idem - *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p. ISBN 978-85-02-22804-7 pp. 400-401.

Em relação ao Diploma Civil, a Constituição passou a disciplinar contrato, função social da propriedade, estabelecer igualdade entre filhos advindos ou não do casamento, estabelecer o que seria família em cada ordem jurídica, trazendo a chamada família plural¹⁴. Além das normas, as constituições traziam com elas princípios, que também permeavam todo o ordenamento jurídico, especialmente no cerne das relações familiares, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Novos arranjos sociais: entidades familiares sem casamento

Enquanto as Constituições não estabeleciam regras e princípios que consagassem a dignidade da pessoa humana em sua razão tão peculiar com a de constituir famílias, muitas relações iam surgindo à margem dos ditames legais.

Pessoas impedidas de casar, mas já separadas de fato, terminavam por manter relações com outras pessoas e constituírem “novas famílias”, haja vista que o dequite não dissolvia o vínculo conjugal. O que gerava além de tudo, muitos problemas em esfera cível, haja vista que para a ordem civil o casal anterior ainda existia no “contrato”. Várias outras relações iam surgindo, até porque os meios de comunicação, as viagens, a tecnologia, todo o progresso começou a facilitar que as pessoas passassem a estarem mais conectadas e se conhecessem. As relações “concubinárias” continuavam a existir¹⁵, ainda que estigmatizadas pela sociedade.

No Brasil, as relações extraconjugais começaram a eclodir e o Direito tinha que trazer soluções para os chamados à época filhos “ilegítimos”. Muitas decisões começaram a levar em conta a dignidade da pessoa humana e estabelecerem direitos as chamadas concubinas e seus filhos, no caso do falecimento do cônjuge varão. A jurisprudência terminava por dividir a herança do de cujus em virtude dos trabalhos prestados pelas concubinas, como se fora trabalhos domésticos.

¹⁴ BARROSOS, Luís Roberto - **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p. ISBN 978-85-02-22804-7 pp. 406-407.

¹⁵ O Código Civil de 2002 traz positivado em seu artigo 1.723 §1º: “a união estável não se constituirá de ocorrerem os impedimentos do art. 1.521.” Entendem-se aí os mesmo impedimentos aplicáveis aos casamentos. Porém, como explica Maria Berenice Dias, “o fato de o impedimento existir, não significa dizer que a união estável não existe e não está caracterizada”. Cabe-se, pois ao Judiciário Brasileiro uma forma de sanar essas relações e proteger as “famílias”, evitando ainda o enriquecimento sem causa, mesmo que para tanto o Judiciário passe a aplicar a chamada Súmula 380 do STF, que equipara a união estável à sociedade de fato. “Tais subterfúgios eram usados para justificar a participação patrimonial, evitando-se com isso o enriquecimento injustificado, de um dos companheiros, em prejuízo, normalmente, da mulher. Todavia, nada mais se cogitava conceder, nem alimentos, nem direitos sucessórios.” DIAS, Maria Berenice - **Direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11ª ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 733p. ISBN: 978-85-203-6710-0. p. 240.

Foi a Lei nº 883/49¹⁶ que possibilitou que os filhos de relacionamentos extraconjugais também tivessem seus direitos. Mas foi a Lei 6.515/77¹⁷ que serviu como mola propulsora para dar fim a família patriarcal no Brasil. Era a chamada Lei do Divórcio. Dessa forma, a mulher estaria livre, poderia participar das relações econômicas e não ficar mais submissa ao então marido, recuperando ao menos sua dignidade.

Para sacramentar de vez o divórcio no sistema brasileiro, foi editada a Emenda Constitucional 66/2010, que possibilitou aos cônjuges o divórcio direto, independentemente de culpa. Dessa forma, a própria Constituição Brasileira possibilitava a abertura a novas entidades familiares; a abertura a família eudemonista, fruto das relações afetivas, consagrando cada vez mais uma constituição onde a família tinha liberdade, personalidade, autonomia de vontade e acima de tudo, seus membros tinham direito de igualdade e proteção da dignidade da pessoa humana, tão amplamente pautada na Declaração do Direito do Homem, da qual o Brasil e, também Portugal, são signatários.

a) A união estável no Brasil

A modificação do §3º, artigo 226 da Constituição Federal juntamente com a Lei 9.278/1996 consolidou a união estável no Brasil, mesmo na vigência do Código de Beviláqua.

¹⁶“RECONHECIMENTO DE FILHOS ILEGÍTIMOS LEI N.º 883 - DE 21 DE OUTUBRO DE 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA; Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Artigo 1º - Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare à filiação. Artigo 2º - O filho reconhecido na forma desta lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado. Artigo 3º - Na falta de testamento, o cônjuge, casado pelo regime de separação de bens, terá direito à metade dos deixados pelo outro, se concorrer à sucessão exclusivamente com filho reconhecido na forma desta Lei. Artigo 4º - Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo. Artigo 5º - Na hipótese de ação investigatória da paternidade, terá direito o autor a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso. Artigo 6º - Esta Lei não altera os Capítulos II, III e IV do Título V. do Livro I, parte especial do Código Civil (art. 337 e 367), salvo o artigo 358. Artigo 7º - No Registro Civil, proibida qualquer referência à filiação ilegítima de pessoa a quem interessa, faz-se à remissão a esta Lei. Artigo 8º - Aplica-se ao reconhecido no disposto no art. 1.723, do Código Civil. Artigo 9º - O filho havido fora do matrimônio e reconhecido pode ser privado do amparo social, assegurado por esta Lei nos mesmos casos em que o herdeiro excluído da sucessão, ou pode ser deserdado (artigos 1.595 e 1.744, do Código Civil). Artigo 10º - São revogados o Decreto - Lei n.º 4.737, de 24 de setembro de 1942 e os dispositivos que contrariem a presente Lei. Artigo 11º - Esta Lei entrará em vigor na data da sua publicação. Rio de Janeiro, 21 de outubro de 1949. (D.O. União em 26/10/1949). EURICO GASPAR DUTRA.” LEI N.º 883 de 21 de outubro de 1949 - **Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos.** [Em Linha]. [Consult. 20 março 2017]. Disponível em <https://arisp.files.wordpress.com/2008/12/boletim-02dez1949-reconhecimento.pdf>

¹⁷ Apesar de não permanecer mais casada, a Lei do Divórcio estabelecia um tempo para que as pessoas realmente estivessem separadas de fato. Primeiramente o prazo de 05 anos, depois com a Lei Maior de 1988, um prazo de 02 anos, e finalmente com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o chamado divórcio direto, permitindo inclusive que o mesmo fosse realizado por escritura pública. Como referencia Paulo Lôbo: “liberdade e autonomia sem interferência estatal”. DIAS, Maria Berenice - **Direito das famílias de acordo com o novo CPC.** 11ª ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 733p. ISBN: 978-85-203-6710-0. p. 209

Positivado no Código Civil de 2002, a união estável passou a fazer parte taticamente da vida dos brasileiros, que passaram a lutar por seus direitos e lutarem para serem reconhecidos como forma digna de família. Para não deixar sem amparo as situações de “arranjos familiares” à margem da tutela Estatal, e já com o Novo Código Civil em vigor, o Supremo Tribunal Federal – STF terminou por editar a Súmula 380¹⁸, que apesar de não equiparar a união de fato à família, mas garantia de certa forma uma vedação ao enriquecimento sem causa, pelos serviços prestados de “cama e mesa”, mesmo que sem direito a herança ou pensões. Para tanto, trazemos um julgado em sede de recurso extraordinário:

"Não seria, entretanto, possível, desde logo, extrair da regra do art. 226 e seu parágrafo 3º, da Constituição, consequência no sentido de reconhecer-se, desde logo, sem disciplina legislativa específica, determinação de comunhão de bens entre homem e mulher, em união estável, de tal forma que a morte de um deles importe o recolhimento automático de meação pelo sobrevivente. Na espécie, a matéria ainda vem tendo o tratamento dispensado pela jurisprudência, estando em pleno vigor o que se contém na Súmula 380, com este enunciado: 'Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum'. Anota, nesse sentido, o professor Roberto Rosas, em seu Direito Sumular, 2ª ed., p. 171: 'A jurisprudência do STF tem aplicado a Súmula n. 380, para admitir a sociedade, pela existência do concubinato (RTJ 70/108; 69/723; 54/762; 83/424; 79/229; 80/260; 89/181). Em outras circunstâncias há maior restrição para admitir a partilha, somente com o esforço (RTJ 69/467; 66/528; 64/665; 57/352; 49/664)'. E, adiante, observa: 'A tendência é para admitir a partilha somente do patrimônio obtido pelo esforço comum (RTJ 89/81; 90/1.022)' (*op. cit.*, p. 171)." (RE 158700, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 30.10.2001, DJ de 22.2.2002)"¹⁹,

Ora não era justo que mesmo sem ter uma relação matrimonial, a mulher colaborasse para manutenção dos filhos, educasse, prestasse os desígnios de esposa como fidelidade e amor, e ainda assim, não tivesse direito de nada que construiu no patrimônio comum durante o período da relação concubinária ou “em união estável” àquela época. Se não era a melhor das soluções adotadas pelo Poder Judiciário, mas foi ao menos um primeiro passo para as conquistas futuras das entidades familiares sem casamento. Era como se fosse uma indenização pelos serviços prestados de “cama e mesa”. Afinal, O Judiciário equiparou o Direito de Família ao Direito das Obrigações em caráter

¹⁸ “Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum” [Em linha]. [Consult. 17 março 2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>

¹⁹ RE 158700, Relator Ministro Néri da Silveira, Segunda Turma, julgamento em 30.10.2001, DJ de 22.2.2002 [Em linha]. Partilha de patrimônio na dissolução de união estável [Consult. 17 abril 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482&termo>

societário, quando editou a referida Súmula. Ou seja, a mulher passou a ser “coisificada” na relação familiar.

Por essa súmula, reconhecia-se a relação entre os conviventes como uma sociedade de fato, importando do direito das obrigações, ou seja, era uma decisão pautada meramente em valores pecuniários, e não em valores afetivos. A ideia da súmula era justamente a vedação ao enriquecimento sem causa. Critica se faz a aplicação de tal súmula, que por seu uso exacerbado terminou por relegar a anos o reconhecimento das uniões estáveis como forma de família.

Outro julgado em que se pode verificar o uso da referida Súmula 380 do STF, segue abaixo:

“EMENTA

Agravo regimental. Reclamação. Dissolução de sociedade de fato. Súmula nº 380/STF. 1. A reclamação não tem cabimento no caso presente, tendo em vista que não foi ajuizada para preservar a competência ou para garantir a autoridade de decisões desta Corte. A reclamante procura revolver questões relacionadas ao campo probatório, argumentando que foram incluídos na partilha bens que lhe pertenciam com exclusividade, implicando em ofensa ao teor da Súmula nº 380/STF, o que é impertinente para amparar a reclamação. 2. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

Decisão

O Tribunal, à unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do relator. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 10.03.2008.”²⁰

O fato daqueles que viviam as relações “marginalizadas” pleitearem seus direitos, não estava restrito a caráter meramente econômico; iam muito, além disso. Essas pessoas queriam ter sua dignidade e seu respeito perante a sociedade e serem vistas como uma família, ainda que para tanto, não existisse as formalidades inerentes ao ato solene do casamento. Uma das primeiras normas que passaram a atribuir efeitos a tais relações foi o Decreto 22.872, que dispunha sobre a legislação previdenciária.

A união fática, no Brasil, chamada de união estável, está relacionada a uma situação meramente fática, ou seja, não está pautada em uma relação contratual regida por ato solene para que seja efetivada e exista. Ela existe por si só; e não envidada de

²⁰Rcl5629 AgR / DF DISTRITO FEDERAL AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 10/03/200 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-02 PP-00455 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 172.17 [Em linha]. [Consult. 20 abril 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+5629%2E+OU+%28Rcl%2E+ACMS%2E+ADJ2+5629%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/jjhmdt4>

vícios, considera-se válida e produtora de efeitos jurídicos, consoantes os ensinamentos de Pontes de Miranda sobre os Planos da Existência, Validade e Eficácia²¹.

Com o advento do Código Civil de 2002, a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã do Brasil, passou a incluir em seu artigo 226, §3^o²² as diversas formas de famílias existentes, sendo aqui considerado este artigo um rol exemplificativo, até porque como já mencionado anteriormente no início do trabalho, não há como o legislador fazer previsão de todos os fatos que venham a surgir, assim como as famílias. A união estável estava então consagrada e sacramentada na *Lex Fundamental* como família.

Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil consagrasse a união estável, e não permitisse que houvesse diferenças entre filhos legítimos ou “ilegítimos”²³, para os que não eram oriundos do casamento, o Código Civil de 2002, trouxe resquícios do antigo Código de 1916, mantendo ainda a figura da concubina²⁴, considerada pejorativa perante a sociedade.

As famílias que pleiteavam serem vistas pelo Estado e pela sociedade são tão dignas quanto àquelas oriundas de uma relação matrimonial. Hodiernamente, o elo que consagra a união de pessoas em constituir família está longe de ser a religião ou o patrimônio; hoje o elo central que une os membros das relações familiares é o afeto.

A sociedade de fato deu lugar a sociedade de afeto. O princípio da afetividade em busca do direito à felicidade já foi consagrado no Direito Brasileiro em decisões do STF relacionadas às uniões “homoafetivas” e ainda, no julgamento do STF da repercussão

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de - **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15^a. ed. São Paulo: 2008, *passim*.

²² Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

²³ “Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil de 2002**. [Em linha]. [Consult. 22 abril 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

²⁴ “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil de 2002**. [Em linha]. [Consult. 22 abril 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

geral 622, que diz respeito a multiparentalidade, sacramentando tal princípio como basilar do ordenamento de família. Esse julgamento ocorrido em 2016 pode abrir vários precedentes, haja vista que com o Novo Código de Processo Civil, não apenas a parte dispositiva, mas também toda a fundamentação da sentença tem força vinculante, o que poderia vir a ser utilizado em outros julgados.

Imperiosos mencionar partes do julgado tão importante para o Direito de Família, não apenas brasileiro, mas também comparado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

[...]

O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3120955. Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 10 Manifestação sobre a Repercussão Geral ARE 692.186 RG / PB socioafetiva, teria decidido contrariamente à jurisprudência do Supremo, segundo a qual as relações familiares baseadas no afeto devem ser priorizadas

[...]

Verifico que o presente tema - prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica - é relevante sob os pontos de vista econômico, jurídico e social. Assim, manifesto-me pela configuração da repercussão geral do tema, e, desde já, submeto a matéria ao conhecimento dos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 3120955. Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 10 Manifestação sobre a Repercussão Geral ARE 692.186 RG / PB caso, de cambulhada, seja colado a processo que não se apresenta a este Tribunal com o recurso extraordinário admitido. 3. Concluo pela inadequação do instituto da repercussão geral. 4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente. 5. Publiquem. (grifo nosso)

Brasília, 20 de novembro de 2012. Ministro MARCO AURÉLIO”²⁵

Considerando-se que a família deixa de ser um fim em si mesmo, e o indivíduo para ele sim, a fazer parte de uma família com vistas a sua realização pessoal, tem-se a família eudemonista. É o chamado princípio da afetividade em busca pelo direito à felicidade, já amplamente defendido pela Suprema Corte Brasileira em julgados envolvendo situações familiares.

²⁵ **Repercussão Geral 622 STF** [Em linha]. [Consult. 27 de abril 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622>

Consagrada pelos requisitos trazidos por Paulo Lôbo: afetividade, ostensibilidade e estabilidade²⁶, defendeu-se sim, o reconhecimento de uma estrutura familiar que possuía todos os elementos característicos de outras famílias, como a monoparental, matrimonial, anaparental, entre outras. Não havia que discriminar uma família somente pela “forma” como ela foi constituída. Ou seja, fica a indagação, mais vale a forma ou finalidade de uma entidade familiar?

Numa Constituição como a Brasileira, que tem como primazia o princípio da dignidade da pessoa humana, que é regida pela liberdade e igualdade, não há como negar que a união de fato, no Brasil, a chamada união estável, seja uma família, sem quaisquer formas de discriminação, Não que se queira tratar de maneira igual ao casamento. Aliás, pode-se até facilitar sua conversão, porém cada instituto tem suas características intrínsecas, semelhanças e diferenças e devem ser respeitadas. A união estável trata-se de um ato jurídico, enquanto que o casamento um negócio jurídico. Cabendo àqueles que viverão a relação familiar, escolher qual a melhor forma que atenderá aos seus anseios, mas sabendo-se que ambas tem tutelas Estatais distintas, e devem ser respeitadas pela sociedade.

A priori, a Lei da União Estável, determinou inclusive um requisito temporal de 5 anos para que tal relação pudesse ser reconhecida. Acertou o legislador em derrocar este prazo, afinal não existe prazo para determinar que duas pessoas possam, por exemplo, se unir em matrimônio. Qual critério, senão meramente subjetivo, colocaria um requisito temporal para se estabelecer uma união estável? Se são os laços de afetividade que unem as pessoas sejam em matrimônio, sejam em união estável, existe prazo para considerar qual o tempo em que há ou não afeto? Considerando-se a família eudemonista em seu tempo, será que o amor é mesmo temporal? Existe prazo para tal? Seja para unir-se em matrimônio, em união estável, ou até mesmo em amar um filho? A própria releitura da dignidade da pessoa humana defendida por Canotilho, por si só já responde tais questões: “na dúvida, deve ser feita a interpretação que perfilhe maior eficácia aos direitos e garantias fundamentais”²⁷.

Enfim, cada vez mais conquistas foram sendo realizadas. Após a escrituração da união estável em cartório, apesar de não obrigatório, o Conselho Nacional de Justiça editou uma resolução que a lei deveria facilitar a sua conversão em casamento. Outras conquistas foram em decorrência do reconhecimento das uniões de fato entre pessoas do

²⁶ a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família; b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida; c) convivência pública e ostensiva, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente. LÔBO, Paulo - **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.

²⁷ CANOTILHO, L. L. Gomes - **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

mesmo sexo²⁸, e posteriormente o casamento homoafetivo²⁹. Essas conquistas foram seguidas de outras como a adoção por pares homossexuais, e ainda a multiparentalidade, que permite a um filho ter duas mães ou dois pais em seu registro civil. Efeitos sucessórios, previdenciários, trabalhistas entre outros são cada vez mais visíveis de tais relações. Os Tribunais reconhecem cada vez mais direitos a essas famílias oriundas de estrutura familiar sem casamento no Direito Brasileiro.

No mundo moderno, a mera formalidade, especialmente no Brasil, vem dando lugar às situações fáticas da primazia da realidade. Deixar de reconhecer uma família pela forma em que se constituiu, hoje está em desacordo com a Constituição Federal, que garante a dignidade da pessoa, e esta sim, é a forma de realização de seu eu em uma instituição familiar. Ou seja, a família deixou de ser o fim e passou a ser o meio.

b) A união de facto em Portugal

Imperioso seria pensar que a estrutura familiar sem casamento teria sido trazida dos brasileiros para Portugal. Mas a história não começa bem por aí. Já na França, a figura do concubinato era bem mais comum do que em terras brasileiras.

Conforme já mencionado ao longo do presente trabalho, não era raro que pessoas se relacionassem fora das estruturas familiares do casamento, muitas vezes dando origem a filhos e gerando outros efeitos como construção de patrimônio comum, entre tantos outros.

Assim como no Brasil, foi necessário que o Direito Português estabelecesse medidas de proteção visando tutelar essas relações e garantir direitos às pessoas que viviam à margem da sociedade e do Estado.

Diferentemente do Brasil, Portugal optou pelo estabelecimento de duas leis ordinárias, a Lei nº 6/2001, de 11 de maio de 2001 e a Lei nº 7/2001 de 11 de maio do mesmo ano. Apesar de apresentarem algumas características, as duas leis diferem num ponto crucial: a vivência em condições análogas às dos cônjuges. Isso faz diferenciar a Lei 6/2001 – Medidas de Proteção de Pessoas que Vivam em Economia Comum, a qual não será abordada no presente trabalho, conforme ditames iniciais, e a Lei 7/2001 –

²⁸ “Já em setembro de 2008, foi reconhecida a permissão jurídica para ação declaratória de união homoafetiva, neste caso, o julgado foi o Recurso Especial 820.475/RJ, que à época foi relator o Ministro Luís Felipe Salomão, assegurando que não havia nenhum impedimento legal para andamento do feito, qual sejam a declaração da união homoafetiva. O douto ministro partilhou o entendimento que “ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820.475/RJ. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Rel. p/Ac. Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 02 de setembro de 2008. Diário de Justiça. 02.09.2008 In: OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite - **Poliamor: dos direitos e garantias constitucionais às uniões múltiplas e seus efeitos**. Maceió: Graciliano Ramos, 2017. 56 p.

²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.

Medidas de proteção das Uniões de Facto, objeto do presente estudo, em comparativo com o Direito Brasileiro e sua respectiva união estável.

Ora, para fins de esclarecimentos, criou-se uma lei para proteger as pessoas que vivam sob economia comum, delimitando-se sua aplicação, em razão do tempo superior a 02 anos, sem prejuízo à aplicação da lei que protege as uniões de facto e as pessoas que assim coabitam. Pode-se inferir da economia comum, justamente a partilha de recursos de pessoas que vivam há mais de 2 anos, sendo uma delas de maior idade, em comunhão de mesa e habitação, ou seja, não fala-se em cama, haja vista os relacionamentos íntimos sexuais serem deixados para tratamento da lei da união de facto. Uma vez esclarecida a referida Lei 6/2001, adentrar-se-á na lei que trata da união de facto, no ordenamento jurídico português³⁰.

Por mais que ao longo deste trabalho já tenhamos esclarecido o que venha a ser a união de fato brasileira, ou seja, a união estável, necessário se faz conceituar o que para os portugueses se traduz como união de facto, a saber: “identifica-se com a convivência de duas pessoas em condições análogas às dos cônjuges ou com uma coabitação, na tripla vertente da comunhão de leito, mesa e habitação.”³¹

Analisando-se a definição supra, não se encontra caracterizado o elemento temporal de 02 anos exigido e positivado na lei 7/2001.³² Ora, mas se o próprio legislador positivou o lapso de um período maior de dois anos, por qual motivo o autor supra não o faria menção, suprimindo parte importante da lei? Ao interpretar os demais artigos da Lei em questão, verifica-se que se trata das medidas de proteção das uniões de facto, ou seja, são proteções adotadas àquelas uniões fáticas e que a lei tutelou. Assim, pela interpretação do doutrinador Jorge Duarte Pinheiro, as uniões de facto que não possuem mais que dois anos, ainda que atendam os demais requisitos legais, ou seja, condição *more uxório*, vivencia como se casado fosse, independente de sexo, seja formada por consoante às demais normas em lei, tal união não estaria protegida pela justiça portuguesa.

Imperioso o entendimento do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, que fundamenta:

“I - A união de facto consiste na vivência em comum, entre duas pessoas, em condições análogas às dos cônjuges e encontra-se atualmente regulada entre nós, pela Lei 7/2001, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei 23/2010; regime jurídico que, contudo, não regula os efeitos patrimoniais decorrentes da cessação da referida relação de união de facto, tornando-se então necessário procurar os institutos jurídicos do direito comum aos quais possamos recorrer.

II - No nosso ordenamento jurídico, assim como nos dos restantes estados europeus, a solução a dar ao problema da determinação dos efeitos

³⁰ **Código Civil**. 8ª Edição. 2017. Lisboa: Almedina. 666p..ISBN 978-972-40-66-39-4 pp 433-435.

³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte Pinheiro – **O direito da família contemporâneo**. 5ª ed. 2016. 613p. ISBN 978-972-40-6763-6. 517p.

³² **Código Civil**. 8ª Edição. 2017. Lisboa: Almedina. 666p 437-440.ISBN 978-972-40-66-39-4

patrimoniais da cessação da união de facto tem sido resolvida através dos institutos de direito comum que mais se adequam à situação do caso concreto e não, propriamente, através do recurso à analogia.”³³

Até concorda-se que não deveria haver elemento temporal para estabelecer prazo constitutivo para uma determinada união, seja ela de facto ou matrimonial, como já se falou no caso do Brasil³⁴, mas também se discorda de relegar à tutela Estatal uma instituição reconhecida, a saber, no caso, a união de facto portuguesa, que envolve pessoas e valores, e deixa de ter sua proteção garantida pelo simples carácter meramente subjetivo de não preencher um lapso de tempo, que aos ditames de uma constituição portuguesa, assim como a Carta Política Brasileira, pautada em seu artigo 1º pela dignidade da pessoa humana, visando construir uma sociedade livre, justa e solidária³⁵, relega à margem da sociedade e da tutela Estatal uma instituição que existe, é válida e produz efeitos, levando-se em conta o plano da existência, validade e eficácia consagradas por Pontes de Miranda. Imagina uma união da facto em que os convenientes não viviam na mesma casa? Digo possível, pois existem pessoas que maritalmente não coabitam! Então essas pessoas não teriam proteção? E àqueles que necessitam viajar a taralho? Essa é uma das primeiras críticas a serem feitas a estrutura familiar sem casamento, mas especialmente a lei 7/2001 que dispõe sobre a união de facto.

Mister se faz trazer alguns julgados do Tribunal de Relação de Coimbra acerca da união de facto:

“Processo: 05A585 Nº Convencional: JSTJ000 Relator: ALVES VELHO
Descritores: CASAMENTO UNIÃO DE FACTO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
ACIDENTE DE VIAÇÃO DIREITO À INDEMNIZAÇÃO Nº do Documento:
SJ200505240005851 Data do Acórdão: 24/05/2005 Votação:
UNANIMIDADE Tribunal Recurso: T REL COIMBRA Processo no Tribunal
Recurso: 1643/04 Data: 12/10/2004 Texto Integral: S Privacidade: 1 Meio
Processual: REVISTA. Decisão: CONCEDIDA PARCIALMENTE A REVISTA.
Sumário : A Constituição da República (art. 36º) reconhece uma relevância
fundamental à família assente no casamento e ainda, independentemente do
vínculo conjugal, à família constituída por pais e filhos; O art. 36º CR não
conduz a que nele se veja, sem mais, a consagração do direito a estabelecer a
união de facto como alternativa ao casamento, exigindo um tratamento
indiferenciado ou isento de discriminações entre cônjuges e unidos de facto;
Impõe-se, então, averiguar se tais discriminações, quando existam, carecem de
uma "justificação razoável", revelandose, à luz do princípio da
proporcionalidade, vedadas pelo conteúdo das normas fundamentais, o que
poderá acontecer quanto a disposições que "directamente contendam com a
protecção dos membros da família"; No concreto circunstancialismo, em que o

³³ **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa**, 29.11.2012, Processo: 444/09.2TCFUN.L1-A-8.[Em linha]. [Consult 25 Abril 2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

³⁴ Fato este, que o legislador brasileiro excluiu da lei da união estável.

³⁵ **Constituição da República Portuguesa**. 2016. Lisboa: Almedina. 143p. .ISBN 978-972-47-50-72-9 p.16

A. e o falecido "cônjuge de facto" viveram maritalmente nos dois anos e dois meses que precederam o acidente causador do dano morte e não há filhos, não parece que, na enunciada perspectiva da proporcionalidade, o reconhecimento do direito à compensação por danos não patrimoniais atribuído pelo n.º 2 do art. 496º C. Civil seja reclamado pelo sistema jurídico como uma medida de protecção exigível para o unido de facto, malgrado a tutela constitucional directa imposta para a família natural constituída por pais e filhos, com carácter de estabilidade

[...]

5. Decisão. Pelo exposto, decide-se: Conceder parcialmente a revista; Alterar o decidido no acórdão recorrido quanto à quantia em que a Ré foi condenada a pagar ao Autor "a título de danos morais", fixandoa, agora, em € 4.000,00 (quatro mil euros), com juros moratórios, à taxa legal, desde a data do acórdão impugnado (12/10/04), mantendose, em tudo o mais, a decisão proferida; e, Condenar nas custas ambas as Partes, na proporção do respectivo vencimento. Lisboa, 24 de Maio de 2005 Alves Velho, Moreira Camilo, Lopes Pinto.”³⁶

Em relação à constituição da união de facto, não resta dúvidas que se trata de um fato jurídico, diferentemente do casamento, que é negócio jurídico, celebrado mediante ato solene. Isso se concorda no Brasil e em Portugal. A diferença reside apenas na situação em que o Código Civil Português não deixou margem para a situação denominada concubinato duradouro, positivada em seu artigo 1871º, c.. Para a união de facto portuguesa não existe relação alguma com a relação concubinária, haja vista que esta é proibida e está sob fatores impeditivos, e aquela, não! Até porque requer a união de facto portuguesa os requisitos de cama, mesa e habitação, o que não poderia ocorrer com uma relação concubinária proibida. Neste ponto, o Código Civil Brasileiro deixa margem para uma relação concubinária, haja vista que ao trazer à tona a união estável, ele a trouxe justamente do concubinato puro, ou seja, aquele em que não haviam impedimentos para a relação marital, mas os conviventes não viviam como casados, e deixou à margem da sociedade e do Estado o chamado concubinato adulterino³⁷, em que há impedimentos para a constituição de união, seja ela relação estável ou matrimonial. Ou seja, restaram os resquícios do antigo Código Civil de 1916, que desapareceu do ordenamento português.

Não há como comparar a relação de união de facto português não protegida em razão do lapso temporal com a relação de concubinato adulterino trazido pelo Código Civil Brasileiro, haja vista que no caso português não há fatos impeditivos para que se constituam uma relação, como por exemplo, o matrimônio.

Tanto no Brasil como em Portugal, as uniões de facto hodiernamente podem ser realizadas por homens e mulheres, independentes de sexo entre si. Isso deveu-se

³⁶ **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2005** [Em linha]. [Consult. 25 abril 2017] Processo nº 05A585. Disponível em www.dgsi.pt

³⁷ “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”. Código Civil de. 2002. [Em linha]. [Consult. 16 Abril 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

justamente ao reconhecimento da união homoafetiva em Portugal e também no Brasil. Em Portugal foi a Lei 9/2010 possibilitou o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apesar da Constituição Portuguesa não estabelecer diferenças entre homens e mulheres em seu artigo 36º, a *Lex Fundamentales*, trata homens e mulheres em condições de igualdades. Neste ponto crítica se faz a legislação brasileira, que tem uma Constituição tão primorosa em princípios de igualdades, e termina por não trazer em nenhum de seus dispositivos do artigo 226, que trata sobre as formas de família, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ficando o entendimento à cargo do julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277/DF³⁸ quando da possibilidade da união de pessoas do mesmo sexo. A mesma crítica é extensiva ao Código Civil de 2002, haja vista que o Livro de Família do referido dispositivo também não menciona o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

Cumprir destacar os efeitos jurídicos trazidos por tais relações, ou seja, as uniões de facto em Portugal. Notadamente, percebe-se a ideia do legislador em proteger a casa, moradia da família, sendo este o principal bem tutelado no caso de ruptura da união de facto ou até mesmo da morte de um dos conviventes, que neste caso seria de pelo menos 5 anos, ou até mesmo mais tempo, caso comprovasse que a união de facto já decorreria tempo superior. Destaca-se salutar a preocupação da proteção da casa moradia da família, e ainda, o direito de preferência em caso de alienação.

Insta mencionar o julgado do Tribunal de Relação do Porto:

“Processo n.º 1919/12.1TBGDMA.P1 (Apelação) Tribunal recorrido: Tribunal Judicial de Gondomar (1.º Juízo Cível) Apelante: B... Apelado: C... Sumário: O direito à utilização da casa de morada de família por parte do exmembro da união de facto sofre lesão grave e dificilmente reparável se o outro exmembro da união de facto manda cortar os serviços de abastecimento de luz, água e gás. O restabelecimento desses serviços constitui providência adequada a assegurar as condições de habitabilidade da casa de morada de família, bem como o efeito útil da ação principal onde é pedida a sua atribuição. Acordam no Tribunal da Relação do Porto Além dos efeitos supramencionados, resta mencionar os efeitos que existiam inclusive me leis anteriores relativos a férias, licenças,

³⁸ “[...]§4º do art. 226 o termo : **“também”** (tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto [...]). (grifo nosso)

Imprescindível mencionar o entendimento do Ministro Lewandowski, acerca do Direito e da Moral, o qual se faz a mesma aceção:

[...] As garantias de liberdade religiosa e do Estado laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual [...]

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.”. In: OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite de - **Poliamor: dos direitos e garantias constitucionais às uniões múltiplas e seus efeitos**. Maceió: Graciliano Ramos, 2017. 56 p.

proteção social, e tantos outros ressalvados no artigo 3º e seguinte da lei 7/2001.”³⁹ (grifo nosso)

Já na união estável brasileira, verifica-se uma gama de efeitos inclusive semelhantes aos do casamento. A priori, em caso da não escolha do regime de bens na união estável, adotar-se-á a comunhão parcial de bens. E a partir daí seguirão muitos efeitos decorrentes das relações matrimoniais aplicáveis às uniões estáveis. A casa moradia da família também é um bem protegido pela legislação brasileira, e independentemente do regime de bens escolhidos pelos cônjuges, o cônjuge sobrevivente pode nela morar, sendo garantido seu direito real de habitação.

Uma das maiores controvérsias em relação aos efeitos gerados pela união estável é à questão da herança. Com o novo Código Civil, o cônjuge passou a ser meeiro e herdeiro. Entendamos a situação:

“Por meio das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, o legislador brasileiro estendeu aos companheiros os mesmos direitos dados ao cônjuge, com base no entendimento constitucional de que ambos merecem a mesma proteção legal com relação aos direitos sucessórios, frisou o ministro. Mas aí entrou em vigor o Código Civil, em 2003, um projeto que vinha sendo discutido desde 1975, quando as relações entre homem e mulher ainda tinham outra conotação e vigia um maior conservadorismo, e restituiu a desequiparação entre esposa e companheira, voltando atrás nesse avanço igualitário produzido pelas Leis 8.971 e 9.278, disse Barroso.

Para o ministro, a ideia de que a relação oriunda do casamento tem peso diferente da relação havida da união estável é incompatível com a Constituição Federal de 1988, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção da família. Além disso, o ministro salientou que a norma viola o princípio da vedação ao retrocesso. Desequiparar o que foi equiparado por efeito da Constituição é hipótese de retrocesso que a própria Carta veda, explicou Barroso, que entende que, neste particular, o Código Civil foi anacrônico e implementou retrocesso. O ministro votou no sentido da inconstitucionalidade do artigo 1.790, com modulação dos efeitos da decisão para que não alcance sucessões que já tiveram sentenças transitadas em julgado ou partilhas extrajudiciais com escritura pública.”⁴⁰

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não julga a questão acima suscitada, resta aos conviventes em uniões estáveis lutar pelos seus direitos, seja no Brasil ou em Portugal, afinal apesar de países e culturas distintas, as pessoas que fazem parte de estruturas familiar sem casamento, assim o optaram não apenas por não concordar com certas formalidades, mas muitas vezes, por acreditar que deve haver uma intervenção

³⁹Tribunal de Relação do Porto: “Processo n.º 1919/12.1TBGDMA [Em linha]. [Consult. 14 Abril 2017] Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2e435a57cd8c025880257ae700408237?OpenDocument&Highlight=o,uni%C3%A3o,de,facto,dissolu%C3%A7%C3%A3o>

⁴⁰ RE 878694 - **RECURSO EXTRAORDINÁRIO.**; ATA Nº 25, de 31/08/2016. DJE nº 194, divulgado em 09/09/2016.[Em linha] [Consulta 35 Abril 2017] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324282>

mínima na esfera privada familiar por parte dos Entes Estatais, de modo a garantir a supremacia da família como instituição democrática de seus membros.

4. Conclusão

Muitas questões surgem quando tentamos equiparar, enquadrar ou classificar novos arranjos familiares na sociedade moderna. Pelos estudos aqui demonstrados, não há discrepâncias tão grandes que façam a união estável brasileira se afastar da união de facto portuguesa, enquanto família.

Entretanto, a Constituição da República de Portugal em seu artigo 36º, nº 1, enfatiza que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. O cerne da questão está justamente na interpretação da alínea desse referido artigo.

Ora, o legislador deixa claros a opção e livre arbítrio de que a todos possam tanto construir família quando possam contrair casamento. Não parece viável fazer uma interpretação restritiva e excludente. Ou seja, pensar em uma situação hipotética em que o indivíduo A quer construir família com o indivíduo B, mas que para tanto, ambos os indivíduos A e B necessariamente precisam contrair casamento.

Partindo-se dessa premissa, teríamos que todos os indivíduos A e B que fossem casados formariam uma família, e que se A e B resolvessem dissolver a sociedade conjugal, essa família não mais existiria, pois manter-se casado, a priori, seria condição fundamental para constituir família. Por esse raciocínio já se verifica a falha da teoria adotada pelos professores Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira.

Outro argumento usado pelos doutos juristas é que o artigo 36º, 1º da Constituição Portuguesa refere-se especificadamente a questão de constituir família no sentido de ter filhos e não de manter uma união de facto. Ora, poderia até ser pensado nessa linha de raciocínio, entretanto, há muitos anos que “construir família” deixou de ser sinônimo de procriação. Inclusive, estaria se fazendo uma afronta discriminatória àqueles casais (heteroafetivos ou homoafetivos) que por alguma razão ou não querem, ou não podem gerar filhos.

A não anuência com a tese dos professores Francisco Coelho e Guilherme Oliveira é tamanha, que a própria dissolução da sociedade conjugal ou casamento, seja pelo divórcio, seja morte, não põe fim à família. Isto se diga pelo simples fato que alguns parentes mesmo com a extinção do vínculo matrimonial continuam sendo parentes, assim como ex-sogros e ex-sogra, como ocorre no Brasil. Além disso, a prole que nos primórdios da humanidade sempre foi um dos objetivos da família, também não se extingue com o fim do casamento. Extingue-se sim, obrigações cíveis e matrimoniais, entretanto outras permanecem, como é o caso, por exemplo, de alimentos, e ainda, da questão envolvendo a casa como moradia da família. Aliás, formam-se novas famílias: as recompostas.

Por mais que existam quem defenda que a união de facto nada mais é do que uma entidade parafamiliar, aqui não se concorda com essa aceção. Há que se mencionar os ensinamentos dos nobres doutrinadores de Coimbra, Canotilho e Vital Moreira, que ao defenderem o conceito de família dentro da Constituição Federal, conseguem claramente adaptar a união fácta àquela realidade trazida pela Lei Maior. E ademais, não haveria maior família para um país aquela advinda de sua própria constituição. Relegar arranjos sociais e não elevá-los à égide familiar, é relegar seu próprio povo, sua nação. É deixar sua história sem continuidade, presa num passada e fadada a não ultrapassar um presente.

É preciso tratar os iguais de maneira igual e os desiguais na medida de suas desigualdades. Não há como renegar e retroceder aos direitos fundamentais amplamente conquistados e consagrados na Carta Constitucional de Portugal, pelo puro e simples fato de que o *modus operandi* de um determinado arranjo social não é igual que está positivado na lei, ou ainda, ao que a sociedade espera que seja.

Ratifica-se mais uma vez que as sociedades transformam-se a cada dia. Surgirão novas formas de arranjos familiares, assim como há alguns séculos surgiu uma nova forma de casamento que não apenas o consagrado pela Igreja. O Direito está para a sociedade para criar regras de convívio e aplica-las buscando a paz mundial, direito este de 5^a geração.

Não há mais espaço em mundo onde a dignidade da pessoa humana é fator preponderante, as constituições com suas pautas de valores internos e seus princípios precisam ser interpretados de maneira a garantir a amplitude dessa efetivação, haja vista os princípios serem mandamentos de otimização.

Muitas outras famílias surgirão e estão emergindo na sociedade, como é o caso do poliamor, defendido amplamente por esta autora. Não haverá como o direito ir de encontro à sociedade e seu tempo. Não há como viver de entendimentos jurisprudenciais. É preciso estabelecer leis que atendam os anseios de futuras gerações, afinal, aqueles que ali estão para julgar, nada mais são que pessoas comuns, investidas em uma jurisdição, mas que possuem suas crenças e seus valores.

Por fim, por entender que a família é maior forma de exteriorização da liberdade e da personificação do indivíduo, que busca sua realização pessoal com vistas ao direito à felicidade, pautado no afeto, defende-se aqui a possibilidade de elevar a união de facto portuguesa à égide de família.

Verifica-se possível e factível, analisando-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Código Civil Português, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e especialmente, a interpretação da Constituição Portuguesa com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que apesar de sabermos não haver hierarquias entre as suas normas e princípios, a dignidade sim, carrega consigo valores axiológicos e uma grande carga valorativa, que pode inclusive justificar a razão de ser de uma família hoje, pautada no eudemonismo, fundando-se pela realização de seus membros em busca da

felicidade, e criando uma instituição para a realização pessoal de deus indivíduos em busca de sua dignidade, seja ela então, a união de facto como família portuguesa.

Referências

1. Geral

a) Livro

CÓDIGO Civil: Decreto-Lei nº. 47.344, de 25 de Novembro de 1966. 8ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6639-4.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. Lisboa: LeYa 2016. ISBN 978-972-47-5072-9.

b) Internet

CÓDIGO Civil: Lei no. 10.406/2002. [Em linha]. [Consult. 16 Abril. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988 [Em linha]. [Consult. 24 Abril 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem – [Consult. 20 Abril 2017] disponível em: http://www.fpce.up.pt/sae/pdfs/Decl_Univ_Direitos_Homem.pdf.

DECRETO Lei Nº 3 de novembro de 1910 – Lei do Divórcio - Diário do Governo. nº 26, 4/11/1910. p. 282 [Em linha]. {Consult. 23 Abril 2017}. Disponível em <http://www.laicidade.org/documentacao/legislacao-portuguesa/portugal/republica-1910-1926/divorcio/>

DECRETO Nº 181 de 24 de janeiro 1980 - Dispunha sobre a lei sobre o casamento civil. [Em linha]. [Consult. 21 Abril 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>

LEI N.º 883 de 21 de outubro de 1949 - Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. [Em Linha]. [Consult. 20 março 2017]. Disponível em <https://arisp.files.wordpress.com/2008/12/boletim-02dez1949-reconhecimento.pdf>

LEI Nº 6.515/77 - Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. [Em linha]. [Consult. 20 março 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-normaatualizada-pl.html>

2. Jurisprudência

2.1 Brasileira

AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO
Julgamento: 10/03/200 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJe-070
DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-02 PP-00455
LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 172.17 [Em linha]. [Consult. 20 abril 2017].
Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+5629%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+5629%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jjhmdt4>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ.** Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Diário de Justiça. 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. [Em linha]. [Consult. 17 março 2017].
Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral 622.** [Em linha]. [Consult. 27 de abril 2017]. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4252676&numeroProcesso=692186&classeProcesso=ARE&numeroTema=622>

RE 158700, Partilha **de patrimônio na dissolução de união estável.** Relator Ministro Néri da Silveira. Segunda Turma, julgamento em 30.10.2001. DJ de 22/02/2002 [Em linha]. [Consult. 17 abril 2017]. Disponível em
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482&termo>

2.2 Portuguesa

DOMINGOS, Maria Adelaide relat. - **Acórdão do Tribunal de Relação do Porto,** Processo n.º 1919/12.1TBGDMA [Em linha]. [Consult. 14 Abril 2017] Disponível em
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2e435a57cd8c025880257ae700408237?OpenDocument&Highlight=o,uni%C3%A3o,de,facto,dissolu%C3%A7%C3%A3o>

VELHO, Alves relat. - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de maio de 2005** [Em linha]. [Consult. 25 abril 2017] Processo nº 05A585. Disponível em www.dgsi.pt

3. Bibliografia

- BARROSOS, Luís Roberto - **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. pp.1-53. [Em linha]. [Consult. 17 março 2017]. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf
- _____. - Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 576p. ISBN 978-85-02-22804-7 pp. 400-401.
- CANOTILHO, L. L. Gomes - **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CAMPOS, Diogo Leite; CAMPOS, Mônica Martinez – **Lições de direito da família**. 3ª. ed. ver. e actualizada. Coimbra: Almedina, 2016. 432 p. ISBN 978-972-40-6493-2. p. 13.
- DIAS, Maria Berenice - **Direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11ª. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 733p. ISBN: 978-85-203-6710-0 p. 244.
- _____. Maria Berenice – **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. 6ª. ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 527p. ISBN: 978-85-203-52-89-2.
- LIRA, Wladimir Paes de – União estável (Brasil) x união de facto (Portugal): Algumas notas sobre fundamentos constitucionais, natureza jurídica e conceito. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 521-542. ISBN 978-85-450-0185-0.
- LÔBO, Paulo - **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80.
- MELLO, Marcos Bernardes de - **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15ª. ed. São Paulo: 2008.
- NOVAIS, Jorge Reis – **A dignidade da pessoa humana: volume I - dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. 200 p. ISBN 978-972-40-6157-3.
- OLIVEIRA, Caroline Buarque Leite - Poliamor: dos direitos e garantias constitucionais às uniões múltiplas e seus efeitos. Maceió: Graciliano Ramos, 2017. 56p.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha - Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) **Direito das famílias e o novo código civil**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 257-275, (2015) p. 274.

PINHEIRO, Jorge Duarte Pinheiro – **O direito da família contemporâneo**. 5^a ed. 2016. 613p. ISBN 978-972-40-6763-6. 517p.

PITÃO. França Pitão – **Unões de facto e economia comum**. Coimbra: Almedina, 2002.

SÓCIOS – **sociologia e direito**. [Em linha]. 28 de agosto de 2011. [Consult. 28 abril 2017]. Disponível em <http://sociologiadodireitounesp.blogspot.com.br/2011/08/ubi-jus-ibi-societas-ubi-societas-ibi.html>.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA JURISDICIONALIDADE: UM BALANÇO DOS DOIS PRIMEIROS ANOS DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Bruno Leonardo Valverde da Silva Pinto¹

Universidade Católica do Salvador

Luís Eduardo Lopes Serpa Colavolpe²

Universidade Católica do Salvador

Sumário: 1. Introdução; 2. As faces de um processo penal; a) Sistema Processual Acusatório; b) O Princípio da Jurisdicionalidade no Processo Penal; c) A preservação das características democráticas do Juiz; d) A duração razoável do processo; e) Prisões em Flagrante; 3. A audiência de custódia; a) Considerações iniciais; b) Fundamento; c) O Princípio Da Jurisdicionalidade Aplicado À Audiência De Custódia; 4. Os paradigmas e desafios da audiência de custódia; a) As vantagens da sua implantação; b) Obstáculos a serem vencidos; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. Introdução

O aumento frequente do encarceramento tem sido vetor de diversos problemas para a sociedade, ao passo que contribui para o aumento da violência, já que praticamente não cumpre nem com sua missão de prevenção geral e especial, sem contar que passou bem longe de cumprir com algum intuito ressocializador.

Nesta gênese de medo e miséria que há tempos afligem os cidadãos, a repressão social seletiva vira a via principal ao discurso punitivista, segregando uma parcela da população que é enxergada como uma ameaça à paz social, criando um ciclo de dor e mutilações dos direitos intrínsecos aos seres humanos, como a vida, a dignidade e a liberdade. Servindo de adubo ao campo fértil ao aumento de um Estado Policial, no qual para a classe média os muros das residências são cada vez mais altos, as câmeras de segurança são cada vez mais frequentes e os meios de isolamento vão aumentando.

As Medidas Cautelares, que eram para ser utilizáveis no Processo Penal de forma especial, se tornam diariamente reincidentes no processo de repressão aos crimes. E, seguindo esse fluxo, as prisões em flagrantes viram a forma encontrada para se prender mais e de maneira, algumas vezes, até arbitrária. Um verdadeiro fetiche para a antecipação da pena.

Na rota contrária a toda essa tendência apresentou-se o caminho mais coerente e mais humano, onde se busca alternativas de diminuir a incidência da atuação do Direito Penal e das mazelas do Processo Penal, objetivando dar mais eficiência aos direitos e

¹ Bacharel em Direito pela UNIJORGE e pós graduando pela Universidade Católica do Salvador

² Bacharel em Direito pela UNIJORGE e pós graduando pela Universidade Católica do Salvador

garantias fundamentais, seguindo os princípios constitucionais e as tendências advindas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pactuados. Surgindo assim as Audiências de Custódia como uma maneira de se aproximar o imputado à figura do julgador de forma imediata, já que esse é quem tem o condão de decidir a cerca da liberdade do indivíduo.

Todavia, após dois anos da implementação das Audiência de Custódia a doutrina ainda debate aspectos basilares, como viabilidade de ser ou não implementada perante o plano interno nacional, os direitos (e os limites de ponderação) esse mecanismo vem a salvaguardar.

Neste trabalho visamos aprofundar o debate acerca das audiências de custódia, observando os dois primeiros anos de obrigatoriedade em todo o território nacional, dando um enfoque especial através da ótica do Princípio da Jurisdicionalidade.

2. As faces de um processo penal

a) Sistema Processual Acusatório

Partindo de uma linha cronológica de estudo sobre os sistemas processuais no campo penal, depara-se logo a primeira vista com o Sistema Acusatório advindo do direito grego e posteriormente pelo direito romano na antiguidade, sendo estas as primeiras experiências de assunção do poder jurisdicional do Estado como forma de resolução dos conflitos existentes na sociedade. Conforme aponta Fernando da Costa Tourinho Filho³ (2012, p. 101):

Os atenienses, como os romanos, faziam distinção entre os crimes públicos e os crimes privados. Os primeiros prejudicavam a coletividade, e, por isso, sua repressão não podia ficar à mercê do ofendido; quanto aos segundos, a lesão produzida era de somenos importância para o Estado, e, assim, a repressão dependia da exclusiva iniciativa da parte. Entre os atenienses, o Processo Penal se caracterizava ‘pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates’. Alguns delitos graves, atentavam contra a própria cidade, eram denunciados ante a Assembleia do Povo, ou ante o Senado, pelos Tesmotetas, e a Assembleia ou Senado indicava o cidadão que devia proceder à acusação. Apresentada a acusação, as provas e prestado o juramento, o Arconte procedia à prelibação da seriedade da acusação e designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deveriam constituir-lo. No dia do julgamento, falava, por primeiro o Acusador, inclusive inquirindo suas testemunhas. Em seguida a Defesa.

Naquele momento histórico, o Processo Penal passa a se desenvolver com algumas peculiaridades como a oralidade durante o seu transcurso, o fato de se tornar obrigatória a acusação ser feita de forma escrita e já contendo a indicação das provas

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p.101

utilizada como sua comprovação, punindo-se as consideradas falsas, além da impossibilidade de se dar na ausência do acusado.

Porém, com a passagem para a Idade Média os conflitos foram sendo cada vez maiores e os delitos foram se tornando mais frequentes, o que levou o Sistema Acusatório a se tornar ineficiente como forma de reprimi-los, sendo aos poucos abandonado, e criando-se uma forma na qual as funções estatais ficaram muito mais abrangentes dentro do processo, passando o julgador a cumular funções de acusar e decidir, bem como a produção probatória. Surgindo a partir daí o Sistema Inquisitório. De acordo com Aury Lopes Jr.⁴:

A insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar.

Contudo, observam-se no Sistema Acusatório contemporâneo características que fazem com que o Estado aproxime-se mais dos ideais de democracia, já que os direitos e garantias fundamentais obstaculizava sua livre atuação dentro do Processo Penal. Assim, nota-se através deste sistema:

- a) O distanciamento das funções do juiz e da acusação, não sendo mais faces da mesma moeda;
- b) A incumbência da carga probatória dada às partes;
- c) A posição de imparcialidade do juiz no curso do processo, ficando, inclusive, a sua decisão livre quanto à motivação do seu convencimento;
- d) O respeito ao contraditório e a ampla defesa, buscando colocar as partes sempre em situação de igualdade na atuação frente ao processo;
- e) A maior publicitação dos atos processuais;
- f) A possibilidade de recorribilidade a um segundo grau de jurisdição;
- g) O acatamento à coisa julgada.

No mesmo sentido, afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho ⁵(2000, p.7) que:

No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*).

Logo, como a dialética das partes no processo é o propulsor deste sistema, os desafios básicos nele encontrado para a sua maior efetividade vão desde a necessidade de pôr a acusação e a defesa em situação de igualdade, com expressa observação ao

⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.108

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, n^o 4 – jan/fev/mar 2000., p. 7.

contraditório, até o imperativo de manter-se o juiz em posição tão somente de julgador e não com tendências a qualquer dos lados.

b) O Princípio da Jurisdicionalidade no Processo Penal

Partindo-se do pressuposto de que o Processo Penal deve servir como forma de plena efetividade dos sistemas de garantias mínimas (servindo como proteção contra os abusos do poder estatal, naquilo que se concebe como um Estado Democrático), tem-se o papel dos princípios que são verdadeiras normas fundamentais e essenciais de um sistema jurídico. Como traz Luís Roberto Barroso⁶ :

Os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna geral, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformaram na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica.

A Constituição Federal de 1988 trouxe no seu arcabouço uma série destes princípios esculpidos como norteadores das suas funções democráticas, irradiando-se por todas as demais legislações, inclusive, dentro do Processo Penal, ramo do Direito no qual, ao contrário do que se tem no Direito Penal em que a vítima é, sem sombra de dúvidas, a parte mais debilitada da relação jurídica, o acusado passa a ocupar esta posição.

Dentre estes princípios constitucionais existe um de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais em uma democracia, que é o Princípio da Jurisdicionalidade, no qual determina o direito do imputado tem de, após o cometimento de um determinado delito, ser julgado por um juiz natural, imparcial e garantidor, em um prazo razoável de tempo.

Todavia, infelizmente mesmo sendo um princípio basilar naquilo que foi trazido por Luigi Ferrajoli⁷ (2014, p. 495) como “a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras” ou “*nulla poena sine iudicio*”, tem encontrado grandes dificuldades para que tenha uma máxima efetivação, ou seja, para que possa produzir efeitos concretos na defesa dos direitos que referentes à dignidade da pessoa humana.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009., p. 317

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2014, p.495

c) A preservação das características democráticas do Juiz

Um dos obstáculos encontrados para que se tenha na prática todas as aspirações trazidas através do Princípio da Jurisdicionalidade se dão com a identificação de características próprias de um Juiz em um Estado Democrático e seu papel de garantidor dos direitos fundamentais dos envolvidos (principalmente do Acusado), que nem sempre consegue estar presente na prática judiciária, estando em desconformidade com o que se espera na sua atuação, pondo-se em menor ou maior grau de inclinação às aspirações autoritárias.

Portanto, para que se tenha um Juiz dentro dos anseios democráticos é necessário que este esteja em conformidade com o Princípio do Juiz Natural, ou seja, que o princípio que dá ao Acusado o direito de saber quem é o responsável dotado de jurisdição que irá julga-lo se faça presente no momento em que estiver em eminência de ser processado. O que lhe garante que o Juiz que irá julga-lo conheça (em tese) da causa e possa, apuradas as provas trazidas pelas partes, fazer sua própria convicção de forma livre. Explana Eugênio Pacceli⁸:

O princípio do juiz natural tem origem no Direito anglo-saxão, construído inicialmente com base na ideia da vedação do tribunal de exceção, isto é, a proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do Judiciário exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal. Intimamente conectado ao princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), o princípio do juiz natural exigia que somente um órgão previamente constituído para o processo de crimes, também anteriormente definidos, isto é, antes de seu cometimento, seria competente para o respectivo julgamento.

Ademais, isso levará a mais um traço importante para essa caracterização do Juiz democrático, que é a Imparcialidade deste, ou seja, de um terceiro que irá julgar o Acusado de forma a não se posicionar em prejuízo de nenhuma das partes (acusação / defesa), deixando a carga probatória por estas, formulando sua decisão ao final. Como afirma Fernando Capez⁹:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida.

Entretanto, não raras vezes em que se encontram juízes que intentam contra este princípio de forma explícita ou implicitamente no agir dos seus poderes tanto no momento da investigação preliminar quanto dentro do próprio processo. Sendo o mais

⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 15º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 37

⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64

comum, por exemplo, com a decretação de prisões cautelares de ofício ou sem que se tenha algum real motivo, como risco ao processo ou a vítima, apenas amparando-se na garantia da ordem publica para dar uma resposta ao clamor social sancionador, ultrapassando todos os limites de contenção a ingerência legal estatal sobre os direitos fundamentais de quem estar sendo imputada a prática de uma conduta penal delituosa.

d) A duração razoável do processo

Um ponto de extrema importância para a eficácia do Princípio da Jurisdição e que também tem servido de barreira a ser transposta na atualidade é o que se faz sobre a duração razoável do processo, já que não basta a garantia de um Juiz natural, imparcial e garantidor se não houver de fatoum prazo máximo suportável à dignidade humana dos envolvidos (vítima e acusado), os deixando presos ao loop eterno da (re)cognição inerente a atividade processual. Afirma Paulo Rangel¹⁰:

A razoabilidade do prazo de duração do processo é a garantia do exercício da cidadania na medida em que se permite que todos possam ter acesso à justiça, sem que isso signifique demora na prestação jurisdicional. Prestação jurisdicional tardia, não é justiça, mas prestação jurisdicional imediata, açodada, é risco à democracia. Deve, portanto, ser razoável, proporcional ao caso concreto objeto de apreciação.

O Processo Penal possui um traço que o diferencia de qualquer outro ramo jurídico e que incide fortemente sobre os que nele se inserem, pois ao contrário dos que insistem na ideia de uma Teoria Geral do Processo, o preço a ser pago sempre será a liberdade, com todos os reflexos devastadores que se tem no seu transcurso. O que se maximiza com a dilação indevida do tempo no processo dada à (de)mora judicial, já que além de todos os transtornos enfrentados pelo Acusado dentro do Processo, haja visto que o menor dos prejuízos são a angústia e o estigma social por ele enfrentado, fulmina todas as suas garantias como a Presunção de Inocência, posto que sua versão passa pouco à pouco a cair em descrédito, e a Ampla Defesa e o Contraditório, pois dificilmente terá capacidade de se contrapor às razões acusatórias de forma eficiente.

Desta maneira, destroça-se a própria Jurisdicionalidade, pois muitas vezes antecipa a pena do Acusado. Restando, contudo, a vítima não somente o desprazer de ver o seu bem jurídico atingido, como de ocupar o papel de sua própria revitimização ao ter que estar recordando e vivenciando o momento do fato delituoso durante o processo, não dando nenhum saldo positivo a estagnatividade judicial. Conforme é trazido por José Rogério Cruz e Tucci¹¹ (1998, p. 114):

O processo, como é notório, presta-se como instrumento de exercício do direito à jurisdição, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ,18º ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurls, 2011, p. 36

¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo*, p. 114

regramentos ínsitos ao denominado *due process of law*, importa na possibilidade de inarredável tutela de direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração em juízo. Assim também, sob a perspectiva da posição do réu, o mesmo ocorre com a tutela jurisdicional de seu respectivo direito, caso tenha ele razão. Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado.

No âmbito do Direito Internacional a razoabilidade do prazo devido no processo encontra-se respaldado tanto no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 9º, nº 2 e no art. 14, nº 3, a, b, c), bem como na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – (art. 8º, nº 1), sendo incorporada ao direito brasileiro através da EC/45, mais especificamente no art.5, LXXVIII.

Entretanto, observa-se que existem duas formas de se buscar resguardar a duração razoável do processo, sendo a primeira delas pela estipulação de um prazo fixo para que se dê o fim deste, e a segunda forma que é pelo não prazo, ou seja, pelo prazo estipulado dentro dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, que foi o adotado pelo Brasil. Ficando o embate entre essas duas distintas formas guiado pelo o que é estabelecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no qual avalia-se o excesso de prazo por intermédio de três critérios: a) a complexidade do caso; b) a atuação por parte do imputado para (de)mora; c) a conduta das autoridades judiciais.

Assim, há ainda um aspecto ainda mais estarrecedor do ponto de vista das violações às garantias fundamentais quando se trata desta morosidade incidente nas prisões cautelares, no qual o tempo só esfacela o acusado, já que até a sua própria noção se perfaz de maneira dolorosa por conta do cerceamento da sua liberdade, podendo transformar anos, meses e dias em uma massacrante estagnação do caos na sua vida, enfrentando todos os efeitos trazidos pelo cárcere a si e aos seus entes sem que ainda se tenha chegada à sentença que, inclusive, pode eventualmente absolve-lo. Como é trazido por Alberto Binder¹²:

Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

¹² BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. Buenos Aires: ADHOC, 1999., p. 201

Não obstante, mesmo com as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 que modificou o regime jurídico das prisões cautelares, não houve qualquer alteração no tocante a ausência de fixação de prazo máximo de duração das prisões cautelares, em especial da prisão preventiva. O que conduz ao estado de um reiterado constrangimento aos direitos e garantias fundamentais e para o sucateamento do Processo Penal.

e) Prisões em Flagrante

Tida como uma medida cautelar existente dentro do Processo Penal, as Prisões em Flagrantes representam uma dos seus pontos mais críticos, já que são feitas ainda sem que se tenha uma decisão por parte do órgão jurisdicional competente, ou pior, se dar com a mera visibilidade do delito e detenção do indivíduo, seja ela feita pelo Estado ou por algum particular, como enuncia o art. 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Conforme disposto no art. 302 do CPP, as Prisões em Flagrante podem se dar das seguintes formas:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Sendo assim, há uma classificação feita pela doutrina majoritária, onde podemos citar, Aury Lopes Jr, Eugenio Pacelli entre outros, para essas formas em que se perfaz este flagrante:

- A. Flagrante propriamente dito – inciso I – aquele que acontece quando o sujeito é pego ainda praticando o verbo tipificador do delito;
- B. Flagrante Próprio – inciso II – no qual o sujeito acabou de praticar o delito, cessando recentemente a prática da conduta tipificadora;
- C. Flagrante Impróprio – aplicável tanto no caso do inciso III quanto no inciso IV – acontece logo após do sujeito praticar o delito, ele é perseguido e encontrado em situação que façam presumir a sua autoria, como no primeiro caso, ou quando é encontrado logo depois da prática da ação delituosa com elementos que demonstre a sua autoria, neste segundo caso sendo suportável um lapso de tempo maior.

Por outro lado, existem algumas formas de flagrante que não são aceitáveis do ponto de vista legal, como por exemplo:

- 1) Flagrante Forjado – no qual se cria uma situação fática falsa para legitimar a prisão do indivíduo;

- 2) *Flagrante Provocado* – no qual se estimula que o indivíduo pratique determinado delito para que se efetue a prisão;
- 3) *Flagrante Preparado* – no qual se prepara uma situação de flagrância em que nem se quer chega a pôr qualquer bem jurídico em risco. Haja vista que é impossível a sua consumação, não há crime segundo Súmula Nº 145 do STF.

Ademais, existem duas espécies de Prisões em Flagrante que é muito aceita tanto do ponto de vista legal como doutrinário, que são o *Flagrante Esperado*, no qual sabendo de que um bem jurídico está em risco com a prática delituosa de determinado indivíduo, o detentor põe-se a espera do início para efetivar flagrância e eventual detenção, e o *Flagrante Protelado ou Diferido*, no qual para a autoridade policial efetuar a prisão de uma organização criminosa é necessário protelar o flagrante para um momento de curta brevidade, mas que irá torna-la mais eficaz, como é trazido pelo art. 2º da Lei Nº 934/95, sendo esta última divergente dentro da própria doutrina.

Assim, as Prisões em Flagrante tem o seu procedimento iniciado com a detenção e condução do indivíduo flagrado praticando determinada conduta delituosa à autoridade policial, na qual irá ouvir o condutor, ou seja, aquele que realizou a prisão e conduziu o sujeito, sendo precedido pela oitiva das testemunhas do fato, tendo por fim a abertura da interrogação do preso. Formalizando um termo que será assinado por todos que prestaram as suas respectivas declarações.

Entretanto, há de se destacar que é fundamental a participação do defensor do preso, conforme o art. 185 do CPP, seja este Defensor Público ou Advogado, que poderá, inclusive, contrário senso, fazer perguntas ao mesmo, respeitando, portanto, os Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório.

Logo, se o preso se recusar a assinar ou não tiver como fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas que tenha lido o depoimento deste, sendo que no final será entregue ao mesmo uma nota de culpa com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas, que também se ele não puder ou se recusar a assinar o recibo desta nota, também poderá o delegado utilizar-se de duas testemunhas para tanto, finalizando o Auto de Prisão em Flagrante, que será encaminhado para o juiz em até 24 horas.

Ao ter contato com o Auto de Prisão em Flagrante, o juiz de imediato irá, por escrito e de forma fundamentada, decidir se concede a liberdade provisória do indivíduo preso ou se aplica uma das várias medidas cautelares dispostas nos art.(s) 310 à 319 do CPP, ou até mesmo decretará a Prisão Preventiva, sempre quando necessário, ouvindo o Ministério Público ou por representação da autoridade policial. Exigindo-se também a decisão escrita e fundamentada pelo magistrado neste último caso em que opte pela prisão. Conforme bem demonstra Vicente Greco Filho¹³:

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 139

Dentro de uma visão global da persecução penal, essa ocorrência, negativa da lavratura do flagrante, deveria ser documentada também por um auto, a ser remetido ao Ministério Público, a fim de que se apurasse a regularidade do relaxamento da prisão e o eventual abuso de poder em sua efetivação. Inexistindo norma legal dispondo a respeito, o relaxamento se faz informalmente. Às vezes é lavrado um boletim de ocorrência, que permanecerá arquivado na própria dependência policial, sem qualquer controle.

Cabe destacar, entretanto, que nas hipóteses em que o juiz verificar que o agente praticou o delito nas hipóteses previstas no art. 23 do Código Penal no qual se preceitua as causas de exclusão da ilicitude, não poderá decretar a prisão preventiva, conforme dispõe o parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal.

Contudo, para a decretação da prisão preventiva é imprescindível que o juiz se depare com o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, ou seja, a verossimilhança da autoria e da materialidade do delito, bem como da existência de perigo decorrente do estado de liberdade do sujeito, sempre tomando por base os princípios de necessidade e, excepcionalidade e proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada ao caso concreto, utilizando a que venha trazer um prejuízo menor ao acusado, mas que, por outro lado, seja adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.

3. A audiência de custódia

a) Considerações iniciais

Como já demonstrado, o Processo Penal há séculos vem vivenciando uma dicotomia existencial que caminha entre o autoritarismo e a democracia emanada pelo regime político, cultural, ideológico e normativo que é adotado por cada Estado, mais especificamente pelo seu sistema processual, variável em cada um dos seus períodos históricos.

No Brasil, ainda que sobre a vigência de uma Constituição denominada “cidadã” e que abarca os direitos civis, políticos e sociais do seu povo, subiste um Código de Processo Penal que tem a sua origem datada de 3 de Outubro de 1941, com suas raízes fincadas no regime ditatorial da sua época, bem como nas aspirações advindas do fascismo italiano. O que por si só não só demonstra uma enorme contradição, como também justifica os seus traços mais inquisitivos. Como afirma Geraldo Prado¹⁴(2012,p. 04):

¹⁴ Palestra proferida no Ciclo de Conferências organizado pela Faculdade de Direito, pelo Programa de Pós Doutorado em Democracia e Direitos Humanos e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século 20 da Universidade de Coimbra em 06 de novembro de 2012, no âmbito do módulo de Direito Penal coordenado pela prof. Cláudia Santos.

Práticas autoritárias emergem e submergem, conforme o ciclo político, mas não desaparecem. E no campo da Justiça Criminal, no Brasil, não é sequer correto afirmar que tais práticas tenham perdido fôlego com o fim da ditadura. Ao revés. Mostrando restaurado vigor, estas práticas disseminaram-se e em alguma medida contagiadas pelo nível das discussões teóricas na Europa sobre ‘a crise do Direito Penal’, que também opõe modelos mais ou menos rigorosos no campo das garantias, buscam reivindicar novo status. Sublinhe-se que no Brasil, na academia, há certo consenso sobre estarmos vivendo um período de ‘crise do Direito’ e, particularmente, de ‘crise do Direito Penal’. Os elementos desta crise, todavia, são distintos daquelas fruto da experiência europeia mais recente. E a tese desta comunicação é a de que a permanência e predominância de elementos autoritários, consolidados historicamente na cultura brasileira, constituem a razão de base, a que se somam naturalmente outros fatores, para a situação crítica em que se encontram a teoria e a prática penais na atualidade. Identificar este cenário de permanências autoritárias é, pois, fundamental para compreender a opção metodológica e política de parte dos estudiosos brasileiros, em defesa de princípios em matéria penal e processual penal caros à democracia, princípios que raramente concretizaram-se na experiência cotidiana do funcionamento de nosso(brasileiro) sistema de Justiça Criminal.

Logo, com a frequente onda de violência e medo espalhados na sociedade brasileira atual, é comum a presença de um discurso cada vez mais punitivista e o consequente aumento de um Estado Policial, no qual se acredita que boa parte desses problemas, que tem várias origens menos a criminal, podem ser resolvidos no campo das Ciências Criminais. Coadunando-se com uma tendência ao encarceramento mais habitual, pondo a prisão sempre como regra e a liberdade tida como sempre como provisória. Fulminando, muitas vezes, a ideia de *ultima ratio*, ou seja, de última alternativa a se optar, do Direito Material e Processual Penal, e, principalmente, das Prisões Cautelares.

Segundo dados¹⁵ de Junho de 2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil tem hoje a quarta maior população prisional do mundo, com 567.655 presos para 357.219 vagas, sendo 41% destes por prisão provisória, ficando atrás somente dos Estados Unidos, China e Rússia. Demonstrando o que há tempos vem se tornando evidente, ou seja, que a política criminal fracassou e que é necessário que se faça agora o caminho inverso do que vem sendo feito.

Contudo, tornou-se imperativo ao Estado brasileiro ajustar o seu Processo Penal aos Tratados de Direitos Humanos pactuados a mais de vinte anos, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinado em 6 de Novembro de 1992, e que deu embasamento para instituição da Audiência de Custódia, no qual possibilita o encontro instantâneo do preso em condição em flagrância com o Juiz que analisará a necessidade da conversão da prisão em preventiva, da aplicação de uma Medida Cautelas adversa ou da concessão de liberdade provisória, quando assim for o caso.

¹⁵ Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília/DF, junho de 2014.

b) Fundamento

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de José da Costa Rica, entrou em vigor nove anos após ter sido assinada em 22 de Novembro de 1969, entrando em vigor, inclusive, em 1978, visando à proteção do direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal e garantias judiciais, e ao reconhecimento à dignidade, pelos países signatários.

Desta maneira, passados quatorze anos da entrada em vigor, em 6 de Novembro de 1992, o Brasil finalmente ratificou a CADH, levando posteriormente o STF, através do RE 466.343/SP e o HC 87.585/TO, a entender, que o mesmo teria valor supralegal, ou seja, que estaria posta acima das leis ordinárias, porém abaixo da Constituição Federal. Como bem sintetiza Marcelo D. Varella¹⁶ (2014, p. 96):

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que no Brasil tem *status* de tratado de direitos humanos sem o rito da Emenda Constitucional n. 45, prevê a impossibilidade da prisão do depositário infiel. O Código Civil, posterior ao Pacto de San José da uma dúvida sobre qual norma seria válida. De acordo com o voto do relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, seguido por todos os demais, a norma constitucional não previa que o depositário infiel poderia ser preso, mas que, nos demais casos, não haveria prisão civil, afastando a divergência entre a Constituição e o novo Código Civil. De acordo com o STF, os tratados de direitos humanos, mesmo sem *status* de norma constitucional, não podem ser revogados, nem ter sua eficácia suspensa, por normas legais posteriores. Prevaleceu um controle de convencionalidade da norma, ou seja, ela foi considerada ilegal, por contrariar a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto, caberia, a partir deste momento, aos juízes e tribunais a aplicação dos dispositivos legais, em especial o Código de Processo Penal Brasileiro, sempre em observância agora não só com a Constituição Federal, como também a CADH, que, no que tange a Audiência de Custódia, trouxe guarida em seu artigo 7.5, conforme expõe:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal
(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nesse mesmo sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (assinado em 16 de Novembro de 1966, mas que entrou em vigor em 23 de Março de 1976), dois anos antes mesmo da CADH, ratificado pelo Brasil também em 1992, também já dispusera algo neste mesmo sentido no seu artigo 9.3, assim exposto:

¹⁶ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96

Artigo 9º - 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Logo, o conteúdo trazido por estes dois tratados internacionais que aqui entraram no ordenamento jurídico brasileiro, nada mais reflete do que o que a própria Constituição Federal já trazia como princípios esculpidos no seu artigo 5º. Como, por exemplo, da garantia do juiz natural (art. 5º, inciso XXXVII, da CF), do direito de ser julgado em um prazo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF), da ampla defesa e do Contraditório (art. 5, inciso LV, da CF), sendo que este último foi inserido pela Lei nº 12.403, de 2011, no que tange as medidas cautelares, ao artigo 282, § 3º, do CPP. Assim estabelecendo:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

Sendo assim, após essa alteração no supracitado artigo, o juiz passa a ser obrigado, na aplicação da medida cautelar, a verificar sempre no caso concreto a urgência ou o risco de sua ineficácia, ou seja, se é mesmo ou não necessária a sua adoção. Não obstante, terá o juiz que ouvir o imputado para que este possa contradizer o motivo dessa imputação, sob pena de nulidade do ato decisório que optou por tal medida cautelar. Levando nos casos das prisões em flagrante ao caminho da Audiência de Custódia, já que esta supre tal função.

c) O Princípio Da Jurisdicionalidade Aplicado À Audiência De Custódia

Um dos princípios constitucionais basilares ao Processo Penal é o da Jurisdicionalidade, que, como outrora já explicado, dar ao acusado o direito de ser julgado por um juiz natural, imparcial e garantidor, em um prazo razoável de tempo. Entretanto, com propriedade alerta Aury Lopes Jr¹⁷ (2013, p.164):

Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei. Ainda que o princípio da

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, p.164

jurisdicionalidade tenha um importante matiz interno (exclusividade dos tribunais para impor a pena e o processo como caminho necessário), ela não fica reclusa a esses limites.

Destarte, partindo da premissa de que a Audiência de Custódia está inserida no escopo do artigo 7.5 da CADH, bem como o artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, surge o questionamento de quem seria a outra autoridade autorizada ou habilitada por lei a exercer funções judiciais presentes nos dois dispositivos e no qual o preso poderá ser conduzida? Seria o delegado? O que prontamente é respondida pelo artigo 8.1 da própria CADH:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Não sendo suficiente, bastaria que se fizesse uma releitura desses dois dispositivos a luz do Princípio da Jurisdicionalidade, que incube ao juiz natural, imparcial e garantidor cumprir com esse papel trazido por esses dois dispositivos. Ou seja, o delegado não seria essa outra autoridade, haja vista que este é autoridade que exerce função administrativa, como a instauração de inquéritos policiais, por exemplo. Como deixa certo o artigo 2º, da Lei nº 12.830, de 2013:

Art. 2º - As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Outro ponto de extrema relevância trata-se do lapso temporal trazido com a expressão “sem demora” presentes também dos supracitados artigos tanto da CADH, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que está intrinsecamente ligados a garantia constitucional do processo ser realizado em prazo razoável, também trazido dentro do Princípio da Jurisdicionalidade. Não se admitindo uma (de)mora arrazoada.

Por fim, isso tudo é sintetizado nos casos das prisões em flagrante, já que impõe ao juiz ter que decidir fundamentadamente no prazo de 24 horas, ou pela conversão em prisão preventiva ou pela aplicação de medida cautelar adversa, ou, ainda, pela sua liberdade provisória, conduzindo para necessidade de ouvir o imputado, o que se perfaz através da Audiência de Custódia.

4. Os paradigmas e desafios da audiência de custódia

a) As vantagens da sua implantação

Todos os males até aqui apresentados que são trazidos pelo caráter autoritário impregnado no Processo Penal, assim como na própria sistemática do encarceramento, pode se findar com o tão aguardado ajuste da realidade da normativa interna brasileira aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos há tempos pactuados. Isso principalmente quando se tratada prisão em flagrante. . Como bem traz Salo de Carvalho ¹⁸:

A teoria tradicional dos direitos humanos, fundada na perspectiva romântica quanto às virtudes dos poderes constituídos pelos Estados Modernos (Legislativo, Executivo e Judiciário), pressupôs a normatização dos direitos e a previsão de garantias como suficientes para frear ou anular os excessos das agências punitivas. O efeito perverso da incorporação acrítica desta concepção de filosofia política é tornar consensual a ideia de constituírem os direitos humanos status individuais e coletivos regalados à cidadania pelo lupus artificialis. Diferentemente de serem encarados como direitos submetidos à criação e ao reconhecimento do processo histórico, os direitos humanos são invariavelmente confundidos com benefício que o poder público concede. Desenvolve, pois, nos seio das instituições (e dos seus operadores), o sentimento de que elas próprias são titulares de direitos aos quais os cidadãos devem estar submetidos, devem respeito (obrigações). E, no confronto entre ambos (direitos da cidadania e direitos das instituições), os critérios dogmáticos de interpretação e resolução dos conflitos (ponderação de valores) invariavelmente dão preponderância aos valores e aos interesses do Príncipe (interesse público ou de Estado), sacrificando os princípios.

Após a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos darem vazão à realização da Audiência de Custódia, e essa determinarque qualquer pessoa presa em flagrante tenha que ser conduzida imediatamente à presença de um órgão jurisdicional firmado na figura do juiz, para que tão logo análise não só se aquele imputado sofreu qualquer tipo de ato de maus tratos ou tortura, como também para que se abrisse uma forma de se verificar a legalidade e a necessidade de determinada prisão, deu a este instituto a possibilidade de se buscar uma melhoria significativa na efetivação das garantias fundamentais e maior democratização do Processo Penal ao evitar prisões arbitrárias e ilegais.

Logo, algumas vantagens podem ser apontadas com a implantação da Audiência de Custódia:

1. Fundamental como mecanismo de prevenção e combate à tortura e para um efetivo controle judicial;

¹⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 212

2. Garantir que a prisão ilegal será imediatamente relaxada e que ninguém será preso ou ficará assim mantido se a lei admitir a sua soltura;
3. Efetuar a verificação feita pelo juiz com relação à própria legalidade e necessidade da prisão, bem como os maus tratos que podem sofrer o preso em situação de flagrância;
4. Possibilitar a oitiva do imputado e, com isso, o exercício do contraditório e da ampla defesa;
5. Aproximar o ordenamento jurídico nacional aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e efetivar os direitos e garantias constitucionais.

Além de todas essas vantagens advindas com a Audiência de Custódia, há uma consequência importante no aspecto da formação de convicção do juiz, que ao receber o auto de prisão em flagrante, tem ali em mãos um instrumento de característica predominantemente inquisitorial, na medida em que o contraditório é exercido pelo imputado de forma limitada. Fazendo com que se estabeleça uma enorme distância entre o magistrado e o imputado, sendo que a figura deste, via de regra, é formada no imaginário daquele primeiro após leitura do documento policial. Como bem lembra Alexandre Moraes da Rosa¹⁹ (2014, p. 89):

Então, para aproximar os discursos, é preciso desvelar que a eterna luta entre o *bem* e o *mal* ainda perdura, sendo ‘pano de fundo’ *inconsciente* das práticas penais, cuja abjuração não é, definitivamente, simples, principalmente pelo *locus* que a *Instituição* aponta ao *um-juiz*, portador da palavra Divina, um semi-Deus.

Com o fato da Audiência de Custódia forçar o juiz a ir de encontro do preso em flagrante, faz com que esse primeiro sujeito saia do pedestal em que se encontra e o leva a percepção real daquele segundo sujeito que está sendo oprimido pelo sistema processual penal através da máquina estatal. Ficando cara a cara, assim certamente o magistrado não só vai poder formar suas primeiras impressões sobre os caracteres do imputado (se é uma pessoa calma ou não; se as características físicas condizem com que está sendo oficializado e, com isso, é possível que se trate do mesmo sujeito que praticou o ato delituoso; se teria condições de praticar o crime; etc.), como também terá a oportunidade de ouvir a versão contada pessoalmente por este, podendo assim melhor decidir com relação a sua soltura.

Não são raras às vezes em que é imputado um ato delituoso a um indivíduo e este é preso em situação de flagrância, o juiz converte aquela prisão em preventiva, sendo que esta última, por não possuir prazo determinado em lei, o sujeito fica preso por um longo período. Porém, no decorrer da investigação criminal se descobre que as características físicas de quem praticou o crime nem ao menos guarda alguma semelhança com aquele sujeito, ou mesmo se consegue comprovar a impossibilidade do mesmo estar no local onde foi praticado, e se evidencia ao final a sua inocência. Todavia, agora este certamente

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurls, 214, p. 89

já teve a pior das experiências de sua vida que é o contato com o ambiente do cárcere (sem contar a sua estigmatização social e a devassa de toda sua vida pessoal, em alguns casos, feito pela própria notícia daquele acontecimento pela mídia), causando, assim, danos irreparáveis. E essa é mais uma das situações que pode ser amenizada com a Audiência de Custódia.

b) Obstáculos a serem vencidos

Mesmo se apresentando com uma oportunidade de humanização e mais democratização do Processo Penal, após dois anos de implementação a Audiência de Custódia encontra uma série de obstáculos a serem vencidos, conforme veremos nas linhas a seguir.

O primeiro deles está no fato de se ter uma estrutura suficiente para prover a sua instituição, e certamente isso não só é uma barreira a ser transposta não unicamente pela Audiência de Custódia, mas pelo próprio Poder Judiciário, que, segundo dados do relatório²⁰ do CNJ, no Brasil se tem um total de 16.429 de Magistrados, 217.684 de Servidores e 95,1 milhões de processos.

Diante disso, se torna questionável a viabilidade de alguns Estados mais pobres da Federação (como é o caso do Estado de Alagoas), em realizar as audiências nos moldes previstos na resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (que impõe a realização das audiências de custódia no Brasil) e da própria CADH, haja vista que o que se pretende com a Audiência de Custódia que o imputado preso em flagrante seja levado de forma imediata, momento em que o juiz poderá verificar eventuais maus tratos ou torturas que possa acontecer o ato da prisão, e para que possa decidir com relação à necessidade e legalidade da mesma, entretanto o sucateamento do judiciário da região é um problema que se prolonga por décadas, de modo que demanda maior tempo para organização.

No intuito de resolver este e outros problemas, como a temeridade de alguns juristas com relação aos casos em que se ficar comprovada o *periculum libertatis* do indivíduo em situação de prisão em flagrância, como se daria o seu deslocamento para que se faça a audiência, foi dada a alternativa de serem feitas através de vídeo conferência. Porém, tal alternativa impede a proposta de criar uma maior aproximação entre flagranteado e magistrado, não sendo, portanto, a melhor opção a ser seguida.

Ainda neste tocante, a heterogeneidade social de um país com dimensões continentais, como é o caso do Brasil, também tem se colocado como um desafio para o cumprimento adequado da resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213/2015, haja vista que se por um lado em todas as capitais, hoje, vemos ser realizadas audiências de custódia, por outro, nas cidades do interior este numero é muito reduzido, em alguns casos chegando a zero, a exemplo do Estado da Bahia.

²⁰Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.

Também não raro, onde se realizam audiências de custódia, se encontram juízes de outras especialidades que não criminal, conduzindo as audiências. Tal situação revela um grave problema, dada as especificidades da área, de modo que por vezes direitos e garantias do imputado não são devidamente considerados.

O segundo grande obstáculo a ser vencido se faz a cerca da falta de uma legislação que regule a implantação e a máxima eficácia da Audiência de Custódia no plano do ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, as audiências de custódia estão reguladas por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, instrumento este que apesar de vinculante possui características consideradas precárias e para alguns, a exemplo de Rômulo de Andrade Moreira, a forma inadequada e inconstitucional. Neste sentido, lembra Flávia Piovesan ²¹:

Em face desse catálogo de direitos constantes da Convenção Americana cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Cabe mencionar que no Brasil, as normas advindas dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, são normas de eficácia plena e imediata, não sendo necessário, portanto, uma legislação específica para assegurar o direito do flagranteado ser apresentado ao juízo, no entanto compreendemos que levando em consideração o aspecto genérico da norma internacional e para melhor salvaguardar o direito do acusado, levando observando o viés garantista adotado pela Constituição Federal, faz-se mais adequado uma legislação específica regulando as audiências de custódia.

5. Considerações finais

É inegável que as audiências de custódia representaram uma evolução muito grande para o Processo Penal, e para a efetivação dos Direitos Humanos no âmbito interno. Amenizando muito dos males causados a vida daqueles que têm contato com o cárcere e toda a sua miséria.

Embora a Constituição Federal traga uma série de princípios esculpidores de direitos e garantias fundamentais, como o Princípio da Jurisdicionalidade, que em suma representa a importância de após o cometimento de um delito se ter um julgamento justo e célere assim como consta nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, é necessário que os poderes públicos mantenham seu compromisso com a difusão das audiências de custódia por todo o território pátrio.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional**. 14^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 333

Todavia, é essencial que se façam melhorias estruturais no Judiciário para que a Audiência de Custódia não se torne apenas mais uma política pública incapaz de produzir os seus resultados, ou que volte a ser tratada como “letra morta”, haja vista que apenas após vinte anos de previsão legal o Estado brasileiro iniciou a implementação das mesmas.

Logo, além dessa estruturação, também se mostra necessário a incorporação a legislação pátria de norma que institua no Brasil a Audiência de custódia, de modo a melhor regular-la em todo o território nacional.

A implantação das Audiências de Custódia mostrou-se não só uma alternativa viável, como também o começo de uma saída para uma situação de caos em que vive a realidade do sistema carcerário brasileiro e a própria redução da violência, no entanto vencida a primeira etapa, alcançando todas as comarcas das capitais, desponta, talvez o maior dos desafios, a implementação dessas nas comarcas do interior.

6. Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BINDER, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. 2ª ed. Buenos Aires: ADHOC, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- BRASIL, Código Processo Penal (1941). **Código Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL, [Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992](#). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm. Acesso em 11 de junho de 2015.
- BRASIL, [Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992](#). **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/Do592.htm. Acesso em 11 de junho de 2015.
- BRASIL, **Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em 11 de junho de 2015

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, n^o 4 – jan/fev/mar 2000.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo, 1997.
- Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília/DF, junho de 2014. Disponível em: <http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em 11 de junho de 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2014.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, 9^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Justiça em números 2014: ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 11 de junho de 2015.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 15^o ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional**. 14^o ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PRADO, Geraldo. Programa de Pós Doutorado em Democracia e Direitos Humanos e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Século 20. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18^o ed. Rio de Janeiro: LumenJurls, 2011.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2^o ed. Rio de Janeiro: LumenJurls, 214.
- VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 5^o ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

A NÃO EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NOS CASOS DOS PORTADORES DE *DIABETES MELLITUS* NO BRASIL.

Amanda Cristina Pacífico¹

Universidade Federal da Paraíba

Juliana Agra Padilha Barbosa²

Universidade Federal da Paraíba

Súmary: 1. Introdução; 2. Os Direitos Sociais e o Direito Fundamental à saúde; 3. Diabetes Mellitus e o acesso ao tratamento pelos seus portadores; Conclusão; Referências

1. Introdução

Esta pesquisa tem como tema a dificuldade de acesso a tratamento pelo SUS (Sistema Único de Saúde), por portadores de *diabetes mellitus* no Brasil. Trata-se de uma doença do metabolismo, caracterizada por deficiência total ou parcial do hormônio insulina. É resultado da adaptação metabólica ou alteração fisiológica em quase todas as áreas do organismo³. Pela Organização Mundial de Saúde (OMS), está padronizada e codificada na classificação internacional de doenças e problemas relacionados à saúde com o CID 10.

A *Diabetes Mellitus*, atualmente, constitui um problema de saúde pública que requer atenção, uma vez que a patologia abordada vem atingindo um número cada vez maior de cidadãos em todo o mundo.

O recorte metodológico, para efeitos deste artigo, destacará apenas a análise evolutiva e descritiva dos direitos sociais, especificamente o direito fundamental à saúde no Brasil, o papel do Judiciário na defesa do acesso ao tratamento de alto custo, especificamente na hipótese dos portadores de *Diabetes Mellitus*, quando, uma vez despertada a responsabilidade dos julgadores, as negligências do Estado, que impedem a efetividade do direito, é combatida através de decisões judiciais que põe fim ao descaso.

Sendo assim, nossa pesquisa se centrará na análise descritiva da palavra *saúde*, sua interpretação e influências para evolução do direito à saúde no Brasil, tratando a partir de sua inclusão como direito fundamental social na Constituição de 1988, até a

¹ Mestranda em Filosofia, Linha de Pesquisa: Ética e Filosofia Prática, do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba. Membro do Grupo de Pesquisa Marxismo e Realismo Jurídico do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e do Grupo de Pesquisa Teoria e História dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Federal da Paraíba.

² Especialista em Direito Processual Civil – Universidade Potiguar do Rio Grande do Norte, servidora efetiva do Tribunal de Justiça da Paraíba, Membro do Grupo de Pesquisa Marxismo e Realismo Jurídico do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba.

³ GÓES, Anna Paula P., VIEIRA, Maria Rita R., DEL ROIO LIBERATORE JÚNIOR, Raphael. “Diabetes Mellitus tipo 1 no Contexto Familiar e Social”. Revista Paulista de Pediatria, 2007, pp. 124-128.

difículdade de acesso a tratamento de alto custo por portadores de *Diabetes Mellitus*, usuários do SUS – Sistema Único de Saúde, que necessitam de serviços e atendimento que lhes garantam suas necessidades básicas, sem privações do mínimo social: dignidade humana e qualidade de vida. Relevando a necessidade da judicialização da matéria, momento este que o Judiciário brasileiro executa como ativista a efetivação e a garantia da defesa do direito social fundamental à saúde. O Direito à Saúde tem sido objeto de pesquisas na área jurídica, tanto no Brasil como em outros países, assim como a *Diabetes Mellitus* nas ciências da saúde. A partir deste contexto, este artigo repercute relevância para o mundo científico, uma vez que unificará uma pesquisa interdisciplinar.

2. Os Direitos Sociais e o Direito Fundamental à saúde

Um dos principais avanços da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi à consagração constitucional Dos Direitos Sociais. Os Direitos Sociais positivados passaram a ser garantido em nossa Carta maior, momento em que a normatização é taxativa ao tratar do direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados.

A saúde, como um direito social fundamental, está prevista no artigo 6º da Constituição Federal, especificamente no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Assim descrito:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”⁴

Antes de adentrarmos na discussão do direito à saúde, se faz importante a necessidade de desmistificarmos o significado da palavra saúde. Nos dias atuais, o que se entende por saúde? Atualmente o conceito de saúde tem partido de um contexto amplo, sendo considerada como uma atribuição do estado humano, ou seja, o significado da palavra saúde abrange diversos componentes, que alcança diversas disciplinas, não autorizando, dessa forma, a sua fragmentação, uma vez que a saúde é encarada integralmente, compreendendo o estado físico, mental e social. Essa interpretação atual se deu porque o estado de higidez foi exteriorizado a partir da ausência de doença, prazer social, psicológico e biológico, sempre em busca de uma qualidade de vida ideal. Sob a ótica proposta pela Conferência Nacional de Saúde, em seu relatório final, destacamos a seguinte definição:

“Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte,

⁴ BRASIL, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”.

emprego, lazer, liberdade, acesso e posse de terra e acesso à serviços de saúde”. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

Esse direito não se materializa simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada as demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las.⁵ [...].

Com o reconhecimento desse direito, a Constituição Federal do Brasil demonstrou forte ligação a um constitucionalismo de aspecto democrático-social, uma vez que, antes da sua promulgação, a proteção do direito à saúde estava limitado à algumas normas esparsas, ou seja, no geral era previsto de forma indireta, a exemplo das normas de proteção à saúde do trabalhador, das disposições versando sobre a garantia de assistência social e no âmbito das normas de limitação da competência dos entes da Federação, fossem eles legislativo ou executivo.

Sarlet e Figueiredo (2008)⁶, numa alusão aos 20 anos da Constituição Federal de 1988, ao tratarem acerca da constitucionalização do direito fundamental à saúde e os principais instrumentos legislativos de sua regulação, foram enfáticos em sua pesquisa ao considerarem que o Movimento de Reforma Sanitária trouxe várias reivindicações que vieram a influenciar o constituinte originário a romper a tradição anterior, quando da atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, dentre as quais destacaram o resultado das discussões enfrentadas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde. Nesse sentido, consideraram, como um dos marcos da sistemática introduzida em 1988, a explicitação constitucional do direito fundamental à saúde. Assim se buscava o reconhecimento, conforme citação abaixo:

“As Conferências Nacionais de Saúde foram instituídas em 1973, pela Lei nº. 378, tendo por escopo facilitar o conhecimento, por parte do Governo Federal, acerca das atividades relativas à saúde no país, assim como orientar a execução dos serviços locais – o que ficou muito evidenciado na VIII Conferência, em 1986.⁷”

⁵ Brasil. Ministério da Saúde, 1988, p. 04

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Figueiredo, Mariana Filchtner. 2008. “Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988”.p.24.

⁷ RAEFFRAY, A. P. O. de. Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 260-262.

A evolução do sistema de proteção foi grande responsável pela concreta positivação do direito social fundamental à saúde, uma vez que, antes da Constituição Federal de 1988, era instituído apenas em nível ordinário. Também como reflexo desse processo, os aspectos de cunho jurídico-constitucional do direito à saúde exerceram grande influência, quais sejam: concepção internacional estabelecida pela OMS – Organização Mundial de Saúde; direito à saúde ultrapassando a noção meramente curativa, abrangendo aspectos protetivo e promocional da tutela devida; institucionalização de um sistema único de saúde; ampliação das ações e serviços de saúde, até então assegurados somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários, garantindo sua universalidade; demonstração pública com relevâncias das ações e dos serviços de saúde.

De fácil percepção, a saúde antes de 1988 era limitada por uma medicina privada e unicamente curativa, tendo se tornado cada vez mais coletiva e pública, a partir de políticas públicas, com um caráter jurídico voltado para fins e objetivos já reconhecidos pelo ordenamento jurídico como de interesse público e um caráter administrativo, partindo de um conjunto de normas já estabelecido pela autoridade governamental, com o objetivo de influenciar, modificar ou regular o comportamento coletivo.

Nesse contexto, a proteção à saúde passou a prescindir de efetividade, por se tratar de um direito que, embora público, seja subjetivo. Para tanto, passou a ser necessário a utilização de todas as garantias e princípios fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico vigente e de planejamento, objetivando o perfeito equilíbrio entre as necessidades e as demandas com os recursos disponíveis.

A Constituição Federal de 1988, também tratou o planejamento como uma das funções do Estado, como ferramenta indispensável para efetivação da norma reguladora do SUS – Sistema Único de Saúde (Lei do SUS, 1990), autorizando uma racionalização do que se tem e do que se pretende, otimizando a atuação do Estado, em qualquer esfera. Interessante a transcrição do texto normativo supracitado para o presente artigo, senão vejamos:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.”⁸”

Embora o planejamento, como supracitado, seja imprescindível para que o Estado exerça com maestria suas funções públicas, e apesar de estar desenvolvendo ações primárias de atenção à saúde, regionalizando, de forma contínua e sistemática, o atendimento para diversas áreas, integrando ações curativas e preventivas, tanto a

⁸ BRASIL. ” Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”.

indivíduos como a uma coletividade, vem enfrentando dificuldades crônicas, oferecendo serviços de baixa qualidade, seja por má gestão, seja por ausência de financiamento, desestabilizando, assim, a qualidade de vida das pessoas, gerando, portanto, insegurança e desigualdade social.

Nesse contexto, quando nos referimos a saúde no Brasil, atualmente nos deparamos com um cenário em que a demanda do setor privado, em relação ao público, tem aumentado cada dia mais, ou seja, há uma procura maior por planos e seguros de saúde privada, que ganham cada vez mais espaço no mercado, tornando-se, assim, a saúde objeto de mercadoria das seguradoras de plano de saúde. É perceptível, ainda, nas classes sociais menos favorecidas e dependentes, exclusivamente, do SUS – Sistema Único de Saúde, que uma parte desse grupo social chegue até mesmo a disponibilizar de recursos próprios em detrimento de assistência à sua saúde ou de seus entes.

3. *Diabetes Mellitus* e o acesso ao tratamento pelos seus portadores

A *Diabetes Mellitus* é uma doença autoimune e crônica, que vem afetando a população de forma crescente, tornando-se uma questão de saúde pública. Apesar de ser uma doença irreversível, a mesma pode ser controlada, desde que sua monitorização e o uso da medicação se deem de forma contínua, ressaltando que a sua manutenção é de atenção primária, para o grupo social de baixa renda, cuja regularização é indispensável para eficácia do tratamento.

A *Diabetes Mellitus* pode ser classificada, essencialmente, em dois grupos: tipo 1 e tipo 2. O primeiro grupo acomete, em sua maioria, mas não numa totalidade, crianças e adolescentes. Para esse grupo o medicamento insulina é vital, o tratamento se dá por insulinoterapia, isto é, os portadores são totalmente dependentes de insulina, cuja administração também está diretamente relacionada à monitorização da glicose, o açúcar no sangue. Já o grupo de portadores de *Diabetes Mellitus* tipo 2 é composto por uma classe de pessoas acima dos trinta anos de idade ou idosos, acometidos em decorrência de obesidade, em algumas situações. Há ainda, um terceiro grupo, porém muito raro, composto por portadores de *Diabetes Mellitus* gestacional ou emocional.

A suspensão ou interrompimento do tratamento, em qualquer grupo acometido pela doença, poderá causar graves sequelas, a exemplos de complicações como retinopatia, nefropatia, problemas cardíacos, vasculares e neurológicos. Por tais razões, a patologia vem ganhando espaço na literatura, representando uma doença de grande importância, na medida que o estudo científico tem avançado em detrimento do aumento de pessoas acometidas. A *Diabetes Mellitus* é definida pela Associação Americana de *Diabetes* “como um grupo de doenças metabólicas caracterizado por uma hiperglicemia resultante de defeitos na secreção de insulina, na ação da insulina ou em ambas.”

Ademais, sua importância, nas últimas décadas, vem crescendo em decorrência de vários fatores, tais como: maior taxa de urbanização, aumento da expectativa de vida, industrialização, dietas hipercalóricas e ricas em hidratos de carbono de absorção rápida,

deslocamento de populações para zonas urbanas, mudanças de estilo de vida, inatividade física e obesidade.

“A partir de um estudo multicêntrico sobre a prevalência do *Diabetes Mellitus*, realizado em nove capitais brasileiras, de 1986 a 1988, foi possível detectar que cerca de 7,6% da população adulta é portadora de diabetes e, deste percentual, cerca de 50% desconhece esta condição. Este mesmo levantamento indicou uma predominância de 9,6% de diabéticos entre os habitantes do município de São Paulo. Estes dados podem ser comparados à incidência em países desenvolvidos, onde esta doença é considerada um problema de saúde pública⁹.”

Assim como em muitos outros países, especialmente os que estão em desenvolvimento, a *Diabetes Mellitus* está sendo considerada um grande problema de saúde pública. Essa problematização é decorrente do caráter interdisciplinar da saúde, na medida em que é utilizado como justificativa e, ao mesmo tempo, como resultado dos diversos problemas decorrentes da saúde ambiental e do desenvolvimento. Ao nos referirmos ao caráter interdisciplinar da saúde, faço referência às diversas áreas do saber, quais sejam: clínica, sociologia, antropologia, política, economia, entre outras.

Nesse sentido, é de fácil percepção que o Estado, através dos seus serviços de saúde pública, necessita rever seu planejamento, isto é, suas práticas de ações destinadas a estabelecer não só as medidas de controle, mas também de prevenção da doença, objetivando reduzir, inclusive, os índices de morbimortalidade.

“Em termos de morbidade, o Diabetes Mellitus atualmente representa uma das principais doenças crônicas que afetam o homem contemporâneo, acometendo indivíduos de países em todos os estágios de desenvolvimento econômico-social.¹⁰”

Ainda nesse contexto, o Ministério da Saúde do Brasil tem orientado os gestores a desenvolver políticas públicas de saúde de forma que as intervenções venham antes da manifestação dos casos patológicos, isto é, as ações preventivas ultrapassem as assistenciais. Se o agente público traça planos mais abrangentes para a população, consequentemente os fatores de risco serão minimizados, havendo, portanto, uma redução da exposição das pessoas a eles.

Quando o Estado não proporciona tratamento, continuação ou passa a oferecer em desconformidade com o necessário, não acompanhando, dessa forma, a dinâmica do cotidiano, o cidadão tem seu direito à saúde suprimido e desrespeitado, suportando aborrecimentos e transtornos, além de sofrimento e má qualidade de vida, decorrentes de atos administrativos abusivos e ilegais.

⁹ BANCO MUNDIAL, “Brasil: novo desafio à saúde do adulto”. Washington DC, 1991. Parte 1.p 134.

¹⁰ MALERBI, D.A. “Estudo da prevalência do diabetes mellitus no Brasil”. São Paulo, 1991. 154p

Partindo dos abusos praticados administrativamente pelo Estado, enquanto responsável pela efetividade e garantia do direito fundamental à saúde, e tendo em vista a relevância alcançada pela matéria, foi editada a Lei Federal nº. 11.347, de 27 de setembro de 2006, que “dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de *diabetes* inscritos em programas de educação para diabéticos”. Para um melhor acompanhamento do desenvolvido neste artigo, eis o texto normativo:

“Art. 1º Os portadores de *diabetes* receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.

§ 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o *caput*, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

§ 2º A seleção a que se refere o § 1º deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos, tecnologias e produtos no mercado.¹¹

A partir da entrada em vigor da legislação supracitada, o Ministério da Saúde, publicou a Portaria nº 2.583, de 10 de outubro de 2007, elencando os medicamentos e insumos que deveriam ser disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, aos usuários portadores de *Diabetes Mellitus*. (Diário Oficial da União, Brasil, 2007). O art. 1º, defini “o elenco de medicamentos e insumos que devem ser disponibilizados na rede do Sistema Único de Saúde, destinados ao monitoramento da glicemia capilar do portador de *diabetes mellitus*, nos termos da Lei Federal nº 11.347, de 2006”. Por sua vez, o art. 2º destaca que “os insumos do inciso II do artigo 1º devem ser disponibilizados aos usuários do SUS, portadores de diabetes mellitus insulínodpendentes e que estejam cadastrados no cartão SUS e/ou no Programa de Hipertensão e Diabetes – Hiperdia. ”

Seguindo a recomendação da Lei Federal supracitada, no que diz respeito à adequação ao conhecimento científico, o Governo Federal, através da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, Portaria nº 10, de 21 de fevereiro de 2017, tornou pública a decisão de incorporar insulina análoga de ação rápida ao tratamento da Diabetes Mellitus Tipo 1, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS: “(...) Art. 2º O relatório de recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) sobre essa tecnologia estará disponível no endereço eletrônico: <http://conitec.gov.br/>.”¹²

A Consulta Pública nº 02, de 22 de fevereiro de 2017, em sua redação traz, dentre outras informações, a redação que, para uma melhor compreensão, destacamos:

¹¹ BRASIL, Ministério da Saúde. “Diário Oficial da União. 2007, p. 49

¹² Diário Oficial da União, Brasil, 2017.p.12

“O Plenário da CONITEC é o fórum responsável pelas recomendações sobre a constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, além dos assuntos relativos à incorporação, exclusão ou alteração das tecnologias no âmbito do SUS, bem como sobre a atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). É composto por treze membros, um representante de cada Secretaria do Ministério da Saúde – sendo o indicado pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos (SCTIE) o presidente do Plenário – e um representante de cada uma das seguintes instituições: Agência Nacional de Vigilância Sanitária-ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS, Conselho Nacional de Saúde-CNS, Conselho Nacional de Secretários de Saúde-CONASS, Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde-CONASEMS e Conselho Federal de Medicina-CFM. Cabe à Secretaria-Executiva da CONITEC–exercida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde (DGITS/SCTIE) –a gestão e a coordenação das atividades da Comissão.¹³”

Apesar de todo regramento, o Estado continua agindo com desrespeito aos portadores de *diabetes mellitus*, que tem no tratamento a necessidade para sobreviver ou ter uma boa qualidade de vida. O desrespeito acontece na medida que, mesmo diante de vasta legislação e decisão judicial que lhe obrigue a viabilizar o tratamento, age com negligência, num comportamento de total descaso, sem justificativas plausíveis, gerando uma situação de impunidade pois, em muitos casos, não chega a ser compelido pela autoridade judiciária que proferiu a ordem. Dessa forma, havendo leis e atos administrativos, que não são devidamente cumpridos, devendo assim, juízes e tribunais intervirem na competência administrativa do sistema de saúde.

No Brasil, há estudos indicando que, embora tenhamos um conjunto de normas que definem as obrigações legais do Estado, da forma mais ampla possível, o sistema público de saúde ainda apresenta deficiências e insuficiências, não respondendo de forma satisfatória as mais novas demandas da saúde, ensejando uma crescente judicialização que, atualmente, abarrotam o sistema judiciário brasileiro.

A despeito da omissão do ente público, a exemplo do Estado da Paraíba, o Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública “com o objetivo de obter o fornecimento gratuito e continuado do medicamento insulina *glargina lantus* e insulina *novorapid*” (Proc. Nº 2002007792341-1 – Sistema STI-TJ/PB). Essa matéria foi judicializada tendo em vista que, embora vários atos normativos por parte do Ministério Federal da Saúde tenham regulamentado o fornecimento de medicamentos e insumos para o controle da doença em análise, ainda não acompanha a evolução tecnológica e científica, consoante previsão legal. (Lei Federal nº 11.347, de 2006, Brasil), deixando os usuários do SUS vulneráveis, na medida que ficam a depender de medicamentos que não são considerados de “última geração”.

Paralela as demandas judiciais coletivas, estão também as individualizadas, o que vem crescendo consideravelmente nos últimos anos, sejam relacionadas aos

¹³ Idem...2017. p.13.

procedimentos, sejam relacionadas a medicamentos e insumos, sendo de fácil percepção a dificuldade de acesso das classes de baixa renda à justiça, uma vez que não dispõem de recursos para patrocinar suas demandas judiciais nem esclarecimentos que o conduzam à assistência judiciária gratuita.

“No Brasil, estimou-se que, em 2000, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que correspondia a aproximadamente 41% da população brasileira (VIEIRA; ZUCCHI, 2007). Além disso, a despesa com medicamentos representa a de maior peso no gasto total das famílias com saúde, impactando no orçamento, principalmente entre os mais pobres – o que a caracteriza como altamente regressiva (IBGE, 1998; IBGE, 2004; SZWARCOWALD et al., 2004).

”¹⁴

Infelizmente, no Brasil, as pesquisas sobre a judicialização da saúde têm enfatizado mais os efeitos negativos, tanto na governabilidade como na gestão das políticas públicas relacionadas à saúde. A desigualdade é uma das principais justificativas, seja porque dessa forma a intervenção no SUS favoreceria apenas uma camada mínima de indivíduos com melhor poder aquisitivo e intelectual, portanto, de melhor reivindicação, seja porque a minoria, composta por indivíduos ou grupos mais enfraquecidos, não tenham acesso à Justiça por ausência de informações ou conhecimento, gerando, dessa forma, um aprofundamento da iniquidade, uma vez que um grupo venha a ser favorecido em detrimento de outro que não tenha suas necessidades atendidas.

Entretanto, existem estudos que apontam fatores positivos nas inúmeras hipóteses de judicialização da saúde. Estes apontam que a atuação do judiciário na concretização do direito social fundamental à saúde passa a ter influência na gestão e nas decisões dos gestores envolvidos, já que as deficiências decorrem da própria administração pública. Indicam, ainda, que a relação estabelecida entre o acesso à justiça e a concretização deste direito à saúde, por meio deste acesso, resultam em um efeito benéfico no cumprimento da responsabilidade do Estado em desenvolver procedimentos adequados de incorporação, compra e distribuição de procedimentos terapêuticos.

Conclusão

Embora o Estado seja o maior responsável pela efetividade do direito à saúde no Brasil, a realidade brasileira em relação ao Sistema público de Saúde (SUS) expõe a nossa sociedade, o sentimento de insegurança por parte do Estado, este ao qual deveria nos ser o garantidor de uma efetiva segurança. Esta situação agrava-se a cada dia em decorrência da superlotação dos hospitais, falta de mão de obra especializada, estrutura para atendimento, além de capacitação para os profissionais. Em meio a falta de estabilidade,

¹⁴ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; EDAIS PEPE, Vera Lúcia; ROLAND SCHRAMM, Fermin. “Judicialização da Saúde, Acesso à Justiça e a Efetividade do Direito à Saúde”. 2010. p.79.

as pessoas se veem obrigadas a recorrerem, a última *ratio*, ao Poder Judiciário, na esperança de obterem uma tutela que obrigue o Estado cumprir com sua responsabilidade aos tratamentos de alto custo aos portadores da Diabetes *Mellitus*.

Vítor Emanuel Teixeira de França, em “Judicialização da Saúde: Mediação como Alternativa ao Ativismo Judicial” afirma “que o juiz assume uma postura ativista por ditar normas individuais (sentenças e acórdãos), impondo políticas públicas e assim determinando a sua execução pela Administração Pública. Dessa forma, percebe-se que em razão da omissão legislativa, o Poder Judiciário atua como um ativista na medida que, por suas decisões judiciais, efetiva o direito à saúde, ou seja, cria direito na medida que obriga o ente público, seja no âmbito municipal, estadual ou federal, a fornecer medicamentos e realizar tratamentos de alto custo que, no geral, deveriam ser oferecidos pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

“O grande e crescente número de ações judiciais relacionadas ao direito à saúde que tem chegado nos Tribunais do Brasil, diariamente, atingiu uma proporção tão significativa que, para muitos, chega a ser preocupante. A esse fenômeno se tem dado o nome de “Judicialização da Saúde”.¹⁵

Luís Roberto Barroso (2009), ao fazer uma análise acerca da falta de efetividade à judicialização excessiva, ressalta que, não obstante o papel do Poder Judiciário, num Estado Democrático de Direito, seja o de interpretar a Constituição Federal e as leis, quando o tema versa acerca de princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde, a interpretação suporta inúmeros sentidos e pode ser concretizada por diversas formas ou entrar em colisão, ou seja, esse dever jurídico de decidir criando novos direitos deve ter por base as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que venha de contra a Constituição.

Nos grupos sociais que se veem compelidos a buscar a tutela jurisdicional estão os portadores de Diabetes *Mellitus*. A Diabetes *Mellitus*, constitui um problema de saúde pública cada vez mais presente. Isso ocorre pelo fato das políticas públicas de saúde não acompanharem a evolução tecnológica e científica, seja dos medicamentos, seja do tratamento, permitindo, dessa forma, que esses pacientes sejam tratados sem a observância de suas peculiaridades necessitando não só de tratamento ambulatorial, mas também do fornecimento de medicamentos e insumos que lhe proporcionem controle da doença e melhor qualidade de vida.

O direito a efetividade da saúde é um direito constitucionalmente reconhecido em nossa Carta Maior, mas negligenciado pelo Estado, que age em desrespeito a dignidade humana dos portadores de Diabetes *Mellitus*. A dignidade humana é o princípio norteador de todo nosso ordenamento pátrio, fundamento base e finalidade última do respeito a vida, em um Estado Democrático de Direito. Neste artigo não cabe

¹⁵ YAMIN, Alicia Ely. La Lucha por los derechos de la salud: Puede la justicia ser una herramienta de cambio? /Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen – 1a ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011. p.97.

falarmos na reserva do possível, mas será algo a ser acrescentado em nossas pesquisas *a posteriori*.

Referências

BARCELLOS, Ana Paula. *Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BANCO MUNDIAL. “Brasil: novo desafio à saúde do adulto”. Washington DC, 1991. Parte 1. (**Séries de Estudos do Banco Mundial sobre Países**; Mimeografado).

BARROSO, Luís Roberto. ***Da Efetividade à Judicialização Excessiva***: “Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para Atuação Judicial”. Belo Horizonte – MG. 2009, p. 29-60. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>> Acesso em 05 de jul. de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. ***Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*** “o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em 19 jul. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira, 4 ed.ampl.e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. “Subchefia para Assuntos Jurídicos 2006” Disponível em: <https://www.google.com.br/search?&oe=utf-8&client=firefox-b&gws_rd=cr&ei=LBjYWePoIcm3wATxhYaYAw>. Acesso em 20 de jul. 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde. “Diário Oficial da União. 2007, p. 49”. Disponível em: <http://dab.saude.gov.br/docs/legislacao/portaria258310_10_2007.pdf>. Acesso em 19 jul. 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde. “Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos”. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Consultas/PCDT_FibroseCistica_InsuficienciaPancreatica_CP02_2017.pdf>. Acesso em 08 de jul. de 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. “Conferência Nacional de Saúde: Relatório final da 8a Conferência Nacional de Saúde”. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 julho. 2017.

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

CATÃO, Marconi do Ó. **Genealogia do Direito à Saúde:** “uma reconstrução de Saberes e Práticas na Modernidade”. /Marconi do Ó Catão. _ Campina Grande: EDUEPB, 2011.

CAPPELLETTI GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

Diabetes mellitus. Portal Banco de Saude. 2008. **Diabetes Mellitus:** Guia Completo.

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

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O estado atual do Biodireito**. 4.ed. ver. E atual. Conforme Lei número 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

FEITOSA, Enoque. **Direito e humanismo no jovem Marx**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

França, Vítor Emanuel Teixeira. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: " MEDIACÃO COMO ALTERNATIVA AO ATIVISMO JUDICIAL". 2016. Disponível

- em:<<http://revistas.unirn.edu.br/index.php/rejus/article/view/17>>. Acesso em 7 de jul.2017.
- GÓES, Anna Paula P., VIEIRA, Maria Rita R., DEL ROIO LIBERATORE JÚNIOR, Raphael. “**Diabetes Mellitus tipo 1 no Contexto Familiar e Social**”. *Revista Paulista de Pediatria*, 2007, pp. 124-128. Disponível em:<<http://www.redalyc.org/pdf/4060/406038921005.pdf>>. Acesso em 15 de jul.2017.
- GUIMARÃES, Fernanda Pontin de Mattos; TAKAYANAGUI, Angela Maria Magosso. “Orientações Recebidas do Serviço de Saúde por Pacientes para o Tratamento do Diabestes *Mellitus*”.
- HIRIGOYEN, Marie France. **A violência perversa do cotidiano**. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- Portador de Diabetes Mellitus tipo 2”. **Revista de Nutrição**. Campinas, SP, 2002. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732002000100005>. Acesso em 05 de jul. de 2017
- MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 3 ed. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MALERBI, D.A. “Estudo da prevalência do diabetes mellitus no Brasil”. São Paulo, 1991. **Tese** (Doutorado) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, 1991.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: PR, Juruá Editora. 2009.
- MEDEIROS M. **Princípios de Justiça na Alocação de Recursos em Saúde**. Texto para discussão número 687. Brasília: IPEA, 1999.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NUNES A. **A Alocação Equitativa Inter-regional de Recursos Públicos Federais do SUS**: “A Receita Própria do Município como Variável Moderadora”. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- PACÍFICO, Amanda C. Cap. IV: “Síndrome de Burnout: violação a saúde mental e a proteção jurídica na Constituição Brasileira de 1988”. E-book: **O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas** (Dir.) GONÇALVES, R.M. y VEIGA, F.S y PORTELA, I.M. Instituto Politécnico do Cávado e do Ave. Centro de Investigação Jurídica Aplicada, pag.77. 1 edição: 2017.
- RAEFFRAY, A. P. O. de. **Direito da Saúde de Acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

- RULL, J.A., ZORRILLA, E., JADZINSKY, M.N., SANTIAGO, J.V. **Diabetes mellitus: complicações crônicas**. México: McGraw-Hill, 1992.
- SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Figueiredo. Mariana Filchtiner. 2008. “Algumas Considerações Sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em 29 de jul. de 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.
- PUPO, A.A.” Diabetes mellitus na criança e adolescente”. In: SETIAN, N. (Coord.). **Endocrinologia pediátrica: aspectos físicos e metabólicos do recém-nascido ao adolescente**. São Paulo: Sarvier, 1989. p.173-210.
- VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; EDAIS PEPE, Vera Lúcia; ROLAND SCHRAMM, Fermin. “**Judicialização da Saúde, Acesso à Justiça e a Efetividade do Direito à Saúde**”. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1>>. Acesso em 12 de jul. de 2017.
- YAMIN, Alicia Ely. **La Lucha por los derechos de la salud: Puede la justicia ser una herramienta de cambio?** /Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen – 1a ed. – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2011

UMA ANÁLISE DA PRETENSA GENERALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E DA TEORIA GERAL DO DIREITO: A INFLUÊNCIA GEOPOLÍTICA NA CONSTRUÇÃO DO MULTICULTURALISMO

AN ANALYSIS OF THE PRETENTIAL GENERALITY OF HUMAN RIGHTS AND OF GENERAL THEORY OF THE LAW: THE GEOPOLITICAL INFLUENCE IN THE CONSTRUCTION OF MULTICULTURALISM

Jessica Hind Ribeiro Costa¹

Universidade Federal da Bahia

Daniel Moura Borges²

Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. Os conceitos jurídicos e a natureza do Direito como fundamentos para a teoria geral do Direito; 3. Notas sobre a universalidade dos direitos humanos; 4. Como lidar com a pretensa generalidade da teoria geral do Direito e dos direitos humanos?; 5. A influência geopolítica; 6. O multiculturalismo como problema ou como resposta?; 7. Conclusão; Referências

1. Introdução

Os direitos humanos são normas supostamente universais voltadas para todos os seres humanos, na medida em que estes se igualam em dignidade. Ocorre que, a construção destes direitos universais é formulada a partir de uma perspectiva ocidental, não refletindo os anseios e peculiaridades de todas as sociedades.

A partir desta ideia convém explicar o conceito de multiculturalismo como reivindicações identitárias daqueles grupos que não se sentem contemplados ou abarcados pela lógica dominantes. São grupos que se insurgem contra os valores e comportamentos hegemônicos, constituindo culturas internas dotadas de traços próprios.

O trabalho pretende analisar a diferença de postura com relação as diferenças culturais, a qual será apresentada a partir da aplicação de uma moral baseada na concepção Ocidental da Teoria do Direito.

A partir de estudos teóricos, foi utilizada a análise de textos e de obras de diversas disciplinas, adotou-se o raciocínio dedutivo, a fim de comprovar a hipótese de que a alteridade se apresentaria como solução possível e necessária para solucionar o problema da hierarquização cultural que se reflete no relativismo seletivo. Sendo assim, pretende-

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

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

se comprovar que alteridade deve ser o valor balizador da interpretação dos direitos humanos, o que os aproximaria de uma concepção universal.

Frente a esta nova realidade, cabe perguntar se a defesa de uma teoria geral do direito, além dos questionamentos próprios acerca de sua viabilidade, não abarcaria, também, a mencionada questão geopolítica dos Direitos Humanos. Por uma questão metodológica, essas questões serão mencionadas apenas superficialmente durante o presente trabalho, pois atentar-se-á às questões teóricas que envolvem a eventual construção e defesa de uma teoria geral, analisando, para tanto, aspectos essenciais da teoria do direito.

2. Os conceitos jurídicos e a natureza do Direito como fundamentos para a teoria geral do Direito

Muito do que se discute sobre a existência de uma Teoria Geral do Direito - TGD envolve o seu fundamento. Essa teoria seria baseada em conceitos, aspectos linguísticos, ou na natureza das coisas. Para alguns, é a natureza jurídica de um objeto que o define como pertencente ou não ao direito, para outros é o conceito formulado acerca de um instituto que o trará ao mundo jurídico.

A questão central, porém, é que, a proposta de uma Teoria Geral do Direito (TGD) pressupõe identificar um objeto único que não se confundisse com os demais objetos de estudo das demais ciências, como, por exemplo, a política e a sociologia. Ela pode, até, estar relacionada indiretamente aos outros ramos, junto aos quais busca explicações teóricas para reforçar seus fundamentos, mas deve possuir traços distintivos, particulares à ciência jurídica. Se a teoria é geral, deve ser dotada de universalidade. Deve, de alguma forma, perpassar todos os ordenamentos jurídicos existentes. O mesmo ocorre com os Direitos Humanos quando uma das suas características se propõe como a universalidade.

Deve-se mencionar, porém, parte da doutrina que entende a teoria do direito como algo mais amplo, afirmando que o seu fundamento não se dá isoladamente, mas em relação direta com as ciências que lhes são correlatas.

Richard A. Posner é partidário desse pensamento. Para fundamentar sua tese, ele relaciona a teoria do direito com a história, a psicologia, a economia, a epistemologia e o empirismo. Prega, portanto, uma abordagem multidisciplinar da TGD. Para ele

A teoria do direito não é um programa de pesquisa unificado. Seus integrantes não têm nem mesmo uma posição consensual sobre o significado de “teoria”. Uma parte da teoria do direito é sociocientífica, outra não. Alguns teóricos desse campo enfatizam a teoria abstrata, outros a pesquisa empírica, outros nenhuma das duas. Alguns segmentos da teoria do direito têm um viés fortemente político, até polêmico, e outros não. Algumas abordagens são essencialmente

descritivas, outras fortemente normativas; algumas se concentram em campos específicos do direito, outras têm maior amplitude³.

Apesar de merecer destaque a divergência apontada pelo autor, não parece ser o melhor posicionamento. Se é certo que uma abordagem multidisciplinar do estudo do direito é, não apenas salutar, necessária, entender a teoria do direito como uma espécie de “colcha de retalhos” das demais ciências é decretar a perda do seu próprio objeto. Se é “próprio”, não deve ser importado das demais ciências, mas ser inerente ao seu processo construtivo.

Com isso não se pode descartar a presença de aspectos jurídicos nas teorias das outras ciências. O direito é por demais amplo para ter suas consequências restritas à sua própria teoria. Utilizando como recorte os direitos humanos é possível verificar que, por conta de sua amplitude natural, acabam influenciando diversos aspectos da sociedade, além de, como retorno, sofrer influência (e influenciar) as demais ciências durante seu processo de evolução. “No existe casi ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos”⁴. O que não parece correto é a conclusão de que as demais ciências sejam parte fundante da própria teoria do direito, ou seja, que participem diretamente da formação dos conceitos jurídicos essenciais.

Para Joseph Raz, a Teoria do Direito seria dotada de universalidade, mas essa universalidade viria do que ele chama “natureza do direito” e não dos conceitos jurídicos. Para o referido autor, os conceitos seriam locais, refletiriam a cultura e a experiência própria de um povo, ao passo que a natureza do direito seria geral.

Uma teoria consiste em verdades necessárias, pois só verdades necessárias sobre o direito revelam a natureza do direito. Falamos da “natureza do direito”, ou da natureza de qualquer outra coisa, para nos referirmos àquelas características do direito que fazem a essência do direito, que fazem com que o direito seja o que é. Isto é, aquelas propriedades sem as quais o direito não seria direito. Como o *Oxford English Dictionary* explica, a natureza de uma coisa consiste “nas qualidades ou propriedades essenciais de uma coisa; a combinação inerente e inseparável de propriedades que essencialmente pertencem a algo, e que lhe dão seu caráter fundamental”⁵.

Robert Alexy, apesar de concordar com Joseph Raz na questão da universalidade da teoria do direito, discorda do autor quanto ao seu fundamento. Para ele, seriam os

³ POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. P.11.

⁴ Não existe quase nenhuma disciplina no âmbito das ciências sociais que não esteja em condições de contribuir com algo relacionado à problemática dos direitos fundamentais a partir de seu ponto de vista e com seus métodos (tradução nossa). ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.27.

⁵ RAZ, Joseph. **Pode Haver uma Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.73.

conceitos jurídicos os responsáveis por essa universalidade, discordando quanto ao fato destes serem locais. Para o autor, a definição da natureza do direito passa pela formulação de um conceito.

Os conceitos, como parte de uma prática que está intrinsecamente conectada com a verdade, a justificação, a validade intersubjetiva, a objetividade e a realidade – procuram captar a natureza das coisas a que se referem tão perfeita ou corretamente quanto seja possível. Essa é a dimensão não convencional ou ideal dos conceitos. Na medida em que aqueles que usam o conceito tenham êxito em satisfazer a pretensão de adequação formulada necessariamente ao usar este conceito, nessa medida, o conceito corresponde à natureza de seu objeto. E na medida em que assim se corresponde é que tem validade universal⁶.

Desta maneira um conceito ideal, construído analiticamente e que abranja os aspectos fundamentais de um instituto jurídico, não apenas definirá a natureza deste instituto, como o dotará de generalidade, pois define o seu fundamento, deixando a par dos interpretes locais moldá-lo de acordo com as necessidades jurídicas de uma sociedade específica.

Sendo assim, os conceitos que são dotados de universalidade seriam aqueles que encontrassem sua distinção dos conceitos não-jurídicos. A própria definição da natureza do direito passaria pela elaboração de um conceito jurídico.

Desde um ponto de vista intuitivo, analisar algo é decompô-lo em seus elementos básicos. Considera-se que um procedimento tal poderia melhorar nossa compreensão do objeto analisado. Na história da filosofia essa intuição tem sua correlação no modelo descomposicional de análise conceitual. A ideia básica consiste em tomar uma ideia e dividi-la em seus componentes, propriedades ou elementos mais fundamentais [...] O método desse tipo de análise é, *prima facie*, simples: distinguir, distinguir, sempre distinguir. Costuma-se supor que esse é o método característico, por exemplo, da filosofia analítica⁷.

Deveríamos, então, utilizar o processo analítico para a construção de um conceito jurídico para que este possa ser dotado de generalidade. “A possibilidade de construir uma teoria sobre um objeto está intimamente relacionada com a possibilidade de identificar e explicar o que faz esse objeto e nenhum outro”⁸. Desta maneira, é possível pensar em uma Teoria Geral do Direito, sem que isso afete, necessariamente, as culturas

⁶ RAZ, Joseph. **Pode Haver uma Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.106.

⁷ BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, Hernán; Paula; Rodrigo Sánchez. **Teoria do Direito e Análise Conceitual**. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.54.

⁸ BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, Hernán; Paula; Rodrigo Sánchez. **Teoria do Direito e Análise Conceitual**. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p.39.

jurídicas e tradições locais. O objeto seria o mesmo, mas a forma de ver, pensar e aplicar esse objeto pode variar no tempo e no espaço. Tal premissa é fundamental para estudar a possibilidade de considerar a característica da universalidade dos Direitos Humanos e, posteriormente, a forma como o Multiculturalismo interfere na sua construção e aplicação.

3. Notas sobre a universalidade dos direitos humanos

A expressão direitos humanos é utilizada em várias perspectivas, deixando há muito – se é que um dia teve – de ter um único sentido para popularizar-se entre diversos meios e grupos, incorporando-se, inclusive, como bandeira de grupos e minorias vulneráveis.

Segundo Vivianny Galvão, “a expressão 'direitos humanos' saiu das salas universitárias, ultrapassou as decisões judiciais e chegou às ruas”⁹, ganhando, em cada um desses espaços ganhou sentido próprio. Destaca, ainda, que a proximidade da abordagem historicista passa pela menção de fatos e de conceitos e reforça a intenção de não confundir os elementos e seus espaços. Nas ciências sociais, muitos autores estudaram o que se convencionou denominar 'direitos humanos'.

O conceito mais adotado, principalmente na seara do Direito, se refere aos direitos protegidos internacionalmente a partir de tratados e convenções internacionais, os quais seriam aplicados indistintamente a todos os indivíduos e nações.

Essa construção apresenta seu início a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1948, aparentemente criada sob o fundamento universalista, a qual apresentaria a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (DUDH), na qual os direitos proclamados são percebidos como essenciais ao ser humano e à dignidade inerente – o que se encontra disciplinado em seu preâmbulo – além de serem universais (ou universalista) para todos os povos, culturas e pessoas, independentemente das suas diferenças ou desigualdades concretas¹⁰.

No entanto, para Bobbio, a Declaração Universal dos Direitos do Homem apesar de se apresentar como um ponto de partida para uma meta progressiva de proteção de direitos, representa, paradoxalmente, um ponto de parada num processo inacabado. Isto porque, os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do

⁹ GALVÃO, Vivianny Kelly. **A construção crítica do núcleo de direitos humanos em face do princípio da prevalência dos direitos humanos**. Tese. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós Graduação em Ciências jurídicas, 2015, p. 50.

¹⁰ GRUBBA, Leilane Serratine. **O problema do essencialismo no Direito: inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos**. Tese. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de PósGraduação em Direito, 2015, p. 202.

homem, concebendo os anseios do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial¹¹.

Vários são os autores que encontram na dignidade da pessoa humana um constructo cultural fluido e multiforme, que exprime e sintetiza o mosaico de direitos humanos fundamentais, num processo expansivo e inexaurível de realização daqueles valores da convivência humana que melhor impedem o aviltamento e a instrumentalização do ser humano. Deve-se destacar, no entanto, que a dignidade é um conceito fluido que se molda no tempo e espaço ¹².

A discussão acerca de um conteúdo mínimo (ou não) dos direitos humanos está refletida pelo debate entre os universalistas e os relativistas. Para os primeiros, a dignidade decorrente da condição humana seria o mínimo ético assegurado pelos direitos humanos, enquanto que, para os relativistas, cada cultura possuiria seu próprio modo de conceber os direitos fundamentais, sendo este reflexo da identidade sociocultural e econômica de um determinado Estado¹³.

No que concerne a essas reflexões, Panikkar apresenta o debate à luz da seguinte questão: o conceito dos Direitos do Homem é um conceito universal? Para ele resposta é negativa, pois a) nenhum conceito é universal por si só e, em primeiro lugar, ele é válido onde é concebido; b) os próprios postulados que servem para situar essa problemática não são aceitos universalmente, c) é o próprio tema que está em discussão, pois é exclusivamente ocidental, ausente em outras culturas. Conclui o texto chegando à conclusão de que, apesar de serem um conceito ocidental (e dominante) não devem ser rechaçados¹⁴.

Boaventura de Souza propõe a superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural como uma das premissas da transformação dos direitos humanos de um localismo globalizado num projeto cosmopolita. Para o autor, tratar-se-ia de um debate intrinsecamente falso. Isto porque, tanto o relativismo cultural quanto o universalismo cultural, enquanto atitudes filosóficas devem ser consideradas incorretos. Todas as culturas aspiram a preocupações e valores universais, mas é preciso que existam diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas.

Assim como o debate “pelos direitos humanos pode evoluir para um diálogo competitivo entre culturas diferentes sobre os princípios de dignidade humana, é

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 20.

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.16/17.

¹⁴ PANIKKAR, Raimundo. (1983), É a Noção dos Direitos do Homem um Conceito Ocidental?. Diógenes **Revista Internacional de Ciências Humanas**. Brasília, Editora da UnB/UNESCO, nE 5, p. 11.

imperioso que tal competição induza as coligações transnacionais a competir por valores ou exigências máximas, e não mínimos”¹⁵.

Compreender, pois, a noção universal de direitos humanos requer, necessariamente, uma discussão acerca do multiculturalismo, com o fim de compreender a forma como esses direitos (ditos) universais são compreendidos pelas diversas culturas e, inclusive, entre grupos que compartilham a mesma cultura nacional.

4. Como lidar com a pretensa generalidade da teoria geral do Direito e dos direitos humanos?

Seriam os conceitos de norma, interpretação, sanção, etc. universais? Teriam o mesmo sentido e aplicabilidade tanto nos países europeus, como nos latino-americanos e nos muçulmanos? Alguns autores, como Karl Larenz¹⁶, por conta da grande abrangência que o termo “geral” conota, passaram a questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Anteriormente falava-se de uma «teoria geral do Direito» e entendia-se por tal uma doutrina acerca da estrutura lógica da norma jurídica, acerca de certos conceitos fundamentais formais que podem encontrar-se em todos os ordenamentos jurídicos desenvolvidos (como, por exemplo, «lícito» e «ilícito», dever ser, ter a faculdade, poder, comando, proibição, permissão, sujeito jurídico e objecto de direitos) e sobre as relações lógicas destes conceitos fundamentais entre si e os modos de pensamento da Jurisprudência, sendo assim, no essencial, um traço de união entre a lógica e a Jurisprudência. Procurava-se neste campo chegar a conhecimentos respeitantes ao Direito universalmente válidos e não somente válidos face a um determinado ordenamento jurídico «positivo», e, em rigor, essencialmente mediante uma perspectiva normativa e que não suportassem o lastro prévio de pressupostos ontológicos ou metafísicos.

Diante da ampla abrangência que o termo traria, o autor assume que possui dúvidas quanto a sua existência diante de um espectro tão amplo, e, indo além, questiona o que se entenderia por teoria do Direito¹⁷.

Além dos fundamentos jurídicos, vários postulados sociológicos e políticos podem questionar a afirmação da existência de tal Teoria. Esse processo cognitivo utilizado por Larenz foi, posteriormente, sintetizado por Jack Balkin, que aperfeiçoando a Teoria da Desconstrução de Jacques Derrida, propunha a desconstrução de conceitos

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova [online]. 1997, n.39, p. 21.

¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.p.265.

¹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.267

já estabelecidos em um determinado ramo do conhecimento. Ele propôs o questionamento de certos dogmas científicos como uma forma de, através do confronto de ideias, alcançar uma solução científica mais segura ao problema apresentado. Foi justamente isso que Karl Larenz fez ao, de forma corajosa e bem fundamentada na Doutrina, através da visão contraditória de diversos autores, questionar a existência de uma Teoria Geral do Direito.

Esse revisionismo dos conceitos jurídicos é defendido por Friedrich Müller. Ele defende um paradigma pós-positivista ao afirmar que

Em todos estes contextos, certamente, os “cânones” da tradição (como a interpretação gramatical, sistemática, histórica, genética, mais a analogia, a teleologia e outras) devem ser reconstruídos, assim como todos os outros conceitos metodológicos novos que são seriamente debatidos (como a teoria do direito livre, os conceitos sociologizantes, decisionistas, hermenêuticos, etc)¹⁸.

Para tanto, ele constrói sua Teoria Estruturante do Direito, utilizando-se de conceitos e ensinamentos propostos por autores consagrados, mas ao mesmo tempo faz uma análise crítica aos ensinamentos desses autores, para, através desse processo, criar sua própria teoria. Por isso, sua forma de pensar o direito pode ser considerada pós-Rousseau¹⁹, por superar o pensamento contratualista e individualista, pondo o homem e os direitos humanos no centro da discursão jurídica; pós-Marx²⁰ por, apesar de estudar os fenômenos coletivos, levar em consideração o indivíduo e pós-Freud²¹, por levar em conta não apenas a psique individual, mas o fenômeno psíquico coletivo. Ele realiza uma análise crítica dos preceitos pregados por esses autores e, mediante síntese encontrada em suas reflexões, propõe sua Teoria.

Tal reflexão deve, necessariamente, ser transposta para o estudo dos Direitos Humanos, tendo-se em conta que propostos como valores coletivos em sua máxima essência, uma vez que pretensamente universais. Seriam, assim, normas mundialmente aplicáveis, uma vez que, conforme já visto, pautados no valor da Dignidade da Pessoa Humana, o qual deveria ser respeitado por todos, tanto numa perspectiva interna nos países signatários, quanto buscados como premissa maior universal como regras mínimas para a construção de uma existência digna independentemente da cultura do indivíduo.

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. 2005. p.10.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

²⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista**. Disponível em: <http://www.amazon.com.br/Manifesto-Comunista-Friedrich-Engels-ebook/dp/BooAGAOQKE/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1398114898&sr=8-1&keywords=manifesto+comunista>. Acesso em: 21 abr. 2014. Publicado em: 30 nov. 2012.

²¹ SIGMUND, Freud. **O Mal-Estar na Civilização**. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2011.

Sociologicamente, remete-se a Durkheim²² e sua Teoria do Fato Social. De acordo com ela, o fato social varia de acordo com o local e o tempo. E apenas a análise metodológica dentro desses critérios poderia levar à compreensão plena das características e costumes de uma sociedade dentro dos quais, por certo, se inclui o Direito. O autor chega a fazer uma interessante abordagem jurídica dentro de sua teoria do fato social. Em seus escritos, Durkheim escreveu sobre os fatos sociais abordados por normas jurídicas. Ao distinguir os fatos sociais dos fatos patológicos tratou do direito e do crime. Para ele, ao se observar as mais diversas sociedades, ver-se-á que é comum um certo grau de violência, de transgressão das normas penais, em resumo da criminalidade. Se o ser humano for considerado como naturalmente mau²³, ou convertido a essa condição por suas experiências pessoais²⁴, é esperado que numa determinada sociedade alguns indivíduos não refreiem suas paixões, lesando o próximo ou a coletividade. O crime seria um fato social, portanto normal, mas apenas até certo nível. Da mesma forma que não se concebe uma sociedade em que não haja transgressores, é impossível conceber uma em que não haja crime. Ambas as situações, na visão de Durkheim, seriam consideradas patológicas, ao passo que, uma sociedade que apresente índices criminais medianos seria normal.

O crime, por sua vez, não deve mais ser concebido como um mal que não possa ser contido dentro de limites demasiado estreitos; mas, longe de haver motivos para nos felicitar-mos quando lhe ocorre descer muito sensivelmente abaixo do nível ordinário, podemos estar certos de que esse progresso aparente é ao mesmo tempo contemporâneo e solidário de alguma perturbação social [...] Com efeito, se o crime é uma doença, a pena é seu remédio e não pode ser concebida de outro modo [...] Mas se o crime nada tem de mórbido, a pena não poderia ter por objeto curá-lo e sua verdadeira função deve ser buscada em outra parte²⁵.

Dessa forma o próprio conceito do que seria crime e se eventual crime seria um fato patológico, dependeria da análise do caso em concreto para se definir qual seu percentual, vendo, portanto, se ele estaria nos limites considerados como fato social, ou seria patológico, quer por sua falta, quer por seu excesso. Diante disso, pode-se questionar se o crime não é considerado patológico, merecendo uma sanção e, sendo aplicada uma sanção neste caso, se ela teria a mesma conotação trazida pelos doutos que advogam por uma Teoria Geral. Deixando de lado esse exemplo estritamente penal e

²² DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²³ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

²⁵ DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

levando a lógica para a Teoria do Direito, Larenz²⁶ lembra, da dificuldade de se estabelecer uma definição neste caso, independente dos incessantes esforços dos mais renomados doutrinadores como Arthur Kaufmann e Werner Maihofer.

O mesmo se dá com a proposta de Direitos Humanos e a sua construção e aplicação nas mais diversas sociedades, demonstrando, a impossibilidade de concebê-los como conceito estanque e universal, sugerindo o papel da Geopolítica na sua construção, tal como ocorre com a Teoria Geral do Direito. Essas ideias que permeiam o mundo como um conceito capaz de interligar todos os sistemas e indivíduos, correspondem, em verdade, a valores dominante por pertencerem a um grupo de países do globo que se destacam em poder e influência, acabando por se estabelecer como mais uma ferramenta que, confirmando a hegemonia de uns, acaba por oprimir outras nações.

5. A influência geopolítica

Em seu aspecto político, é importante compreender as questões organizacionais e fundamentais de um estado, para entender como, de fato, aplicaremos adequadamente o direito. A própria classificação de países em blocos ou regiões é problemática, pois são conceitos vagos que podem sofrer variações durante o tempo, ou mudanças conforme os interesses políticos em jogo. Comumente, por exemplo, divide-se o mundo em ocidental e oriental, mas qual a segurança de tal classificação? Após a queda do muro de Berlim, a contrário das teorias de Fim da História de Francis Fukuyama²⁷ e do Choque de Civilizações de Samuel Huntington²⁸, as relações entre os estados não se tornaram unas, sob a tutela da potência vencedora, os EUA, no primeiro caso, nem entrou em total colapso pelo choque cultural, no segundo. Houve, de fato, alianças militares e econômicas entre países que partilhavam interesses comuns. Surgem daí os blocos econômicos, como a União Europeia e o MERCOSUL, além das alianças militares, como a OTAN.

Diante desse jogo político, atualmente, fica difícil caracterizar em qual categoria de países um estado se encontra, uma vez que as culturas são tão diferentes e os interesses tão voláteis. Voltando ao exemplo da divisão ocidente-oriental, é necessário se fazer algumas considerações. Primeiramente, como definir se um país é oriental ou ocidental? Se for utilizado o critério geográfico, essa definição torna-se mais segura? Não necessariamente, pois qual seria o meridiano específico que dividiria o ocidente do oriente? Se for considerado como o de Greenwich, como estabelecido pelos Ingleses, 90% da Europa estaria no hemisfério oriental do planeta. Como a Terra tem a forma elíptica, qualquer dos meridianos poderia ser o responsável por estabelecer essa divisão. Sendo

²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

²⁷ FUKUYAMA, Francis. **The End of the History and the Last Man**. London: Penguin, 1993.

²⁸ HUNTINGTON, Samuel. **O Choque de Civilizações**. São Paulo: Ponto de Leitura, 2010.

assim, o critério geográfico seria seguro até certo ponto, pois dependeria do meridiano a ser escolhido. No geral, ainda seria possível estabelecer um conceito relativo, pois dependeria da mencionada eleição.

Se for utilizado o critério político, a situação é ainda mais nebulosa. A Rússia, por exemplo, tem parte de seu território situado na Europa, mas é tradicionalmente considerada “oriente”. Conforme mencionado, esse país possui parte de seu território no continente europeu e parte no asiático. Por conta de seu passado imperial, é um estado multiétnico sendo que, apesar de ter um centro de poder mais alinhado com os valores europeus, não possui um padrão cultural dominante, além de exercer importante influência sobre países integrantes da União Europeia como a Ucrânia, por exemplo (MUGGAH).

O mesmo vale para diversos países do extremo oriente. Apesar de sua localização geográfica, as opções políticas colocam países como Coreia do Sul e Japão mais próximos do Ocidente, em ambos os casos dos Estados Unidos da América, do que, por exemplo, de sua vizinha, a China.

O critério religioso, tampouco é eficaz. Para alguns o oriente começa onde começam os estados islâmicos, mas o islã está presente nos países ocidentais, além de existirem estados islâmicos alinhados aos EUA como a Arábia Saudita e os Emirados Árabes Unidos, por exemplo.

O Direito não pode ficar alheio às questões práticas que lhes são impostas no dia a dia, na sua *práxis*. O estudo multidisciplinar do direito é essencial não só para compreender os fenômenos que são por ele abordados, como para encontrar soluções práticas. Questões políticas, culturais e religiosas devem ser observadas em paralelo às consideradas estritamente jurídicas, como a Teoria do Direito e os Direitos Humanos. Sendo assim, a aplicação do direito, bem como as soluções encontradas pelos juízes e demais operadores do direito fazem parte da metodologia do direito, ou melhor da “Metódica Jurídica” de Friedrich Müller

No entanto, minha “Metódica Jurídica” não é apenas prática, mas uma *Teoria da Práxis*. Esta é a segunda compreensão de “método”, mais exigente, mais ampla: o conjunto do percurso das normas jurídicas através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política [...] Deste modo, a interdisciplinaridade aparece como um elemento que se mostra incontornável na concretização do direito²⁹.

No entanto, não são apenas as questões externas ao direito que devem ter uma visão abrangente, mas também conceitos e técnicas inerentes à ciência também devem seguir esse modelo. Questões intrínsecas à Teoria do Direito como validade, ser e dever ser, subsunção e concretização devem ser abordadas. À linguística também deve ser dada

²⁹ MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. p.9-10.

a devida atenção, pois o direito “opera inteiramente dentro do meio da ‘linguagem natural’ [...], ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais”³⁰.

Dessa forma, a própria maneira de se externar o direito, qual seja, a linguagem, varia muito numa escala global, dificultando, ainda mais, a formulação de uma Teoria Geral efetivamente aplicável igualmente a todos os Ordenamentos Jurídicos e a todos acordos internacionais existentes.

A norma, por sua vez, não deve ser considerada apenas em abstrato, nem entendida como meramente uma proposição prescritiva³¹, pois é, justamente, “o instrumento prático do Direito”³². Ela é fruto da interpretação dos juristas, bem como da aplicação do texto legal ao caso concreto. Seu conceito, portanto, é muito mais amplo, e complexo, do que o de texto legal. Diante desse cenário, a importância do dever ser exaltado pelos positivistas demonstra-se como uma visão limitada do direito. De acordo com a Teoria Estruturante do Direito a dicotomia ser *versus* dever ser se torna superada. Para que ocorra uma interpretação e aplicação eficaz, é preciso que os elementos políticos e sociais mencionados acima sejam observados quando da aplicação do texto legal, pois somente após sua adequação à realidade sociocultural em todos seus aspectos, é que a norma jurídica poderá ser considerada como tal, e o direito, por sua vez, poderá ser efetivado.

Pode-se afirmar que o próprio Direito Internacional seria a expressão máxima da existência de uma Teoria Geral, mas se deve ter em mente que suas principais fontes, os princípios e os tratados, são decorrentes da expressão de vontade dos estados participantes da comunidade internacional ou dos seus acordos internacionais³³.

O mundo é demasiadamente complexo para que se possa definir um *core* principiológico, metodológico ou institucional universal. Mais complexo ainda é se pensar em uma Teoria Geral que fundamentasse os ordenamentos jurídicos de todos os países do globo, levando-se em consideração a existência de todas as divergências culturais e políticas existentes. Ora, se o direito é fruto dessas experiências deverá, portanto, ser, ainda em seus princípios mais gerais, setorizado e adequado aos interesses de um determinado estado ou região.

³⁰ MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. 2005 p. 10.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008. p.72.

³² NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.44.

³³ CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.58.

6. O multiculturalismo como problema ou como resposta?

O termo multiculturalismo, assim como cultura, é um termo polissêmico, sendo inúmeras e diversas as vertentes multiculturais. Estudos apontam que o multiculturalismo teve origem em países nos quais a diversidade cultural é vista como um problema para a construção da unidade nacional. Assim, para Kreutz, o multiculturalismo reflete uma sociedade formada por várias culturas, porém, todas estáticas e sem inter-relação³⁴.

Para Semprini, um aspecto que caracteriza o multiculturalismo são as reivindicações identitárias que muitas vezes são entendidas como posições conceituais calcificadas sobre o não-espaco-tempo da teoria e que, na verdade, deveriam ser sempre avaliadas na perspectiva histórica. Essas reivindicações sinalizam a importância, nas sociedades contemporâneas, da questão do reconhecimento do outro³⁵.

Já para Alain Touraine, “o multiculturalismo não é nem uma fragmentação sem limites do espaço cultural, nem um *melting pot* cultural mundial: procura combinar a diversidade das experiências culturais com a produção e a difusão de massa dos bens culturais”³⁶. Assim, impossível pensar na homogeneidade de uma cultura, uma vez que as culturas e países estão em constante mudança provocadas por novos acontecimentos e experiências, bem como pela influência dos demais países, sendo impossível fragmentar o mundo em espaços culturais herméticos.

Apesar dos países possuírem um traço que os identifica, configurando-se como a cultura geral de um país, se encarregando de construir uma identidade nacional, que é em muitos momentos, homogeneizadora, não se pode olvidar que dentro desta cultura-país maior, que é geral e abrange tudo que concentra um território, estão também várias outras culturas fragmentadas³⁷.

Nesse contexto de fragmentação, dentro de um mesmo país, por exemplo, é possível encontrar microssistemas que não se coadunam com as normas e costumes dominantes, formando grupos que se dissociam da maioria.

Boaventura de Souza Santos, em sua obra *O discurso e o Poder*, apresenta a comunidade de Passárgada, no Rio de Janeiro, e as regras ali aplicáveis, destacando que

³⁴ KREUTZ, Lúcio. Identidade étnica e processo escolar. **Cadernos de Pesquisa**, Campinas, n. 107, jul. 1999, p. 86.

³⁵ SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Loureano Pelegrin. São Paulo: Edusc, 1999, p. 59/61.

³⁶ TOURAINE, Alain. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?** Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 224/225.

³⁷ RODRIGUEZ, María del Carmen Acuña. Trabalho apresentado no GT “Políticas públicas de género e agenciamento: da disciplina dos corpos à inclusão e às garantias de direitos” do **V Congresso Internacional em Estudos Culturais: Género, Direitos Humanos e Ativismos**. Disponível em: <http://estudosculturais.com/congressos/vcongresso/wp-content/uploads/2016/09/interculturalidade-e-dissid%C3%A2ncias-sexo-gen%C3%A9ricos-conex%C3%B5es-para-o-agenciamento.pdf>

o Direito não adota aquela comunidade enquanto sistema jurídico. Ademais, a sociedade tampouco reconhece enquanto cultura legítima. Isto porque, a “marginalidade” representa aquilo que não se quer encarar.

Em Pasárgada a associação de moradores cedo passou a ser conhecida pela sua intervenção nas relações sociais entre vizinhos, sobretudo naquelas que envolvessem direitos sobre a habitação ou a terra. No entanto, à luz do direito oficial brasileiro, as relações desse tipo estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas, uma vez que dizem respeito a transações sobre terrenos ilegalmente ocupados e a construções duplamente clandestinas³⁸.

No mesmo sentido a comunidade do Rio das Pedras, no Rio de Janeiro, não sendo acolhida pelo modelo de registro e matrícula dos seus imóveis pelo Direito Civil, criou um sistema de registro interno na comunidade, o qual visava, inclusive, tratar sobre o “direito de laje”. Os conflitos decorrentes desses registros são resolvidos, em sua maioria, a partir de técnicas de mediação utilizadas no Núcleo de Mediação e Pesquisa de Rio das Pedras, o que demonstra a criação de um grupo dotado de regras próprias efetivas³⁹.

De fato, muitas vezes as dissidências dentro de uma cultura maior são minimizadas e/ou desprezadas, não sendo valorizados os pontos de vista diferenciados e os variados grupos de interesse que fraturam a unidade dos povos.

As relatividades internas que introduzem fissuras no suposto consenso monolítico de valores são, por vezes, desconsideradas em prol de uma autenticidade que erroneamente se atribui às culturas. Por menor que seja a aldeia, sempre haverá nela dissenso e grupos com interesses que se chocam, os quais precisam ser reconhecidos e respeitados⁴⁰.

É fundamental reconhecer que no interior de uma mesma comunidade moral pode existir mais de uma sensibilidade com relação à ética. De forma simplista, esta pluralidade poderia ser dividida em duas posições: a ética dos conformistas e a dos desconformes; a dos satisfeitos e a dos insatisfeitos; a dos que têm disponibilidade quanto à diferença, a dos sensíveis às margens (o que se encontra do outro lado das muralhas de contenção da “normalidade” moral do grupo) e às vítimas e a dos não sensíveis a elas⁴¹.

³⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **O Discurso e o Poder**: Ensaio sobre a sociologia da retórica. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13/14.

³⁹ CORRÊA, Cláudia Franco; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **O Núcleo de Mediação Extrajudicial de Rio das Pedras**: a experiência da mediação comunitária como meio de administração de conflitos em uma favela carioca. In: Revista Ciência Atual, Volume 1, Nº 2, 2013, p. 04.

⁴⁰ SEGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos**: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, Apr. 2006, p. 217.

⁴¹ SEGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos**: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, Apr. 2006, p. 223.

De acordo com uma abordagem complexa acerca da normatização dos direitos humanos, Michel Foucault conclui que não poderia ser absoluto o ideal de uma sociedade completamente disciplinar em que o aparato legal fosse substituído por mecanismos normativos. Tampouco existiria uma sociedade em que não vigorasse o mecanismo da normalização geral, consequentemente estabelecendo um grupo categorizado como “não-normalizável”⁴².

Este grupo não normalizável termina sendo excluído socialmente. A exclusão social, com ênfase no estudo realizado, será analisada à luz dos estudos de Howard Becker, sociólogo que se dedicou a descrever certos elementos de contexto da vida de moradores de rua com o intuito de compreender as representações acerca da dor, do prazer, a transgressão, da violência, da liberdade e do sofrimento orgulhoso da vida na rua⁴³.

Para Howard Becker, pilar da Sociologia do Desvio, os *outsiders* seriam indivíduos desviantes dos comportamentos padrões estipulados pela sociedade. Aqueles que seguem esta norma de conduta predeterminada recebem a denominação de estabelecidos, os desviantes, por sua vez, são denominados *outsiders*.

O *outsider* é, pois, aquele que se desvia das regras de grupo. Estes indivíduos são objeto de especulação, teorização e estudo científico. Algumas perguntas se apresentaram como impulsionadoras da pesquisa sobre os desviantes como: “por que fazem isso? Como podemos explicar sua transgressão das regras? Que há neles que os leva a fazer coisas proibidas?”. A pesquisa científica tentou encontrar respostas para estas indagações. No entanto, é extremamente difícil responder essas questões, não sendo sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio⁴⁴.

Uma vez “desviados” estes indivíduos se afastam da estrutura social daqueles que estão bem integrados, constituindo uma ‘anomia’. “Onde a ‘anomia’ prevalece, há pouca ou nenhuma ‘estrutura social’; seu lugar é tomado pelo caos cultural (ou, talvez, social); a previsibilidade e a regularidade do comportamento social ficam reduzidas a nada”⁴⁵.

Neste sentido, Nobert Elias, afirma que “a sociologia só poderá ser reconhecida como uma disciplina científica se ficar claro que não existe caos em sentido absoluto.

⁴² FOUCAULT, Michel. O nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978/1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 354.

⁴³ OLIVEIRA, Mirian Gracie Plena Nunes de. (coord.) **Exclusão ou desvio?** Sofrimento ou Prazer. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Entre riscos e danos: uma nova estratégia de atenção ao uso de drogas*. Cooperação Brasil – União Européia, 2002, p. 55.

⁴⁴ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2008, p.17-22.

⁴⁵ ELIAS, Nobert; SCOTSON, Jhon L. **Os estabelecidos e os outsiders**: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 190.

Nenhum agrupamento humano, por mais desordenado e caótico que seja (...) é desprovido de estrutura”⁴⁶.

O não reconhecimento da estrutura social dos desviantes e a estigmatização dos indivíduos *outsiders* terminam por gerar uma suposta superioridade daqueles “estruturados”, os quais se reconhecem como bons, enquanto que os desviantes seriam sempre ruins, independente daquilo que se constitui o seu desvio.

Esses indivíduos não acolhidos ou desviados começam a apresetar traços culturais próprios, estabelecendo-se como culturas internas, as quais são algumas vezes aceitas e relativizadas pelo grupos hegemônico e noutras sancionadas ou aniquiladas a partir de uma postura interventiva.

Necessário para melhor compreender a noção de relativismo cultural, se desvestir da dicotomia daquilo que se apresenta como comportamento bom e ruim dentro de uma cultura, até mesmo porque, os conceitos tradicionais de bem e mal já não apresentam mais a segurança necessária para orientar a ação humana diante da infinidade de variáveis que se exibem nos casos concretos⁴⁷.

Assim, as concepções pretensamente universais desconsideram as diferenças culturais, tanto dentro da cultura nacional a qual pertencem quanto por outros países do mundo que não compartilham valores comuns e identificação local. Necessário, pois, que o multiculturalismo seja forma de assegurar o respeito aos indivíduos que divergem da cultura político/jurídico dominante, rompendo com a ideia de que as culturas divergentes são desimportantes e inferiores.

O multiculturalismo é, pois, forma de garantir a liberdade dos indivíduos de comunicarem-se de outras formas. É promover, inclusive, uma linguagem moral de dignidade humana fundamentada na relação de autonomia do indivíduo, de emancipação e da capacidade de se compreender como cidadão e como humano. Sabendo que não há como se construir um direito de todos quando ainda se privam alguns de acesso a essa realidade de plenitude.

Os humanos precisam se valer de suas ferramentas de reconhecimento como cidadãos, entendendo que o coletivo e a unidade são uma realidade. Ainda que existam fronteiras linguísticas, econômicas, culturais, é preciso compreender que toda ação contra a condição humana que ocorra em qualquer parte do globo terrestre é uma ação contra toda a condição humana.

⁴⁶ ELIAS, Norbert; SCOTSON, Jhon L. **Os estabelecidos e os outsiders**: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 192.

⁴⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A vida pode morrer?** Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.) *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

7. Conclusão

Pelo exposto nota-se que os Direitos Humanos, bem como a Teoria Geral do Direito, se apresentam como uma concepção baseada nos valores ocidentais hegemônicos. O multiculturalismo, por sua vez, é um fenômeno inerente as sociedades modernas e representam, muitas vezes, uma desvinculação dos valores incorporados por esta cultura dominantes, o que se reflete num processo de reivindicação identitária.

Percebe-se, a partir disso, que a resposta moral às divergências varia entre a relativização e a intervenção, permitindo expressões divergentes de determinadas culturas e caracterizando como comportamentos que são considerados divergentes, formando sistemas jurídicos próprios, minoritários e considerados involuídos por não se adequarem ao paradigma dominante.

Ocorre que, tal fenômeno colabora para a hierarquização das culturas, a partir da construção de modelos jurídicos supostamente superiores, que se estabelecem como “universais”, e que se julgam capazes de analisar as outras culturas, ora oprimindo a partir da intervenção direta visando assegurar direitos humanos ocidentais, ora estudando os sistemas divergentes como desimportantes inferiores.

Tomando como base a ideia de que a teoria do direito é construída através de conceitos, coube analisar a questão de sua generalidade. A força desses conceitos seria tamanha que perpassaria os diversos ordenamentos jurídicos existentes?

A partir da análise, não parece possível que os conceitos tenham aplicação idêntica em todos os estados por conta das diferenças culturais, geopolíticas e religiosas que lhes são particulares. No entanto, é plausível conceber uma adaptabilidade desses conceitos em torno dessas questões mencionadas, para que, preservado o âmago conceitual, e feitas as devidas adaptações, ele possa ser corretamente aplicado.

Sendo assim, fundamental compreender a existência de uma teoria geral do direito, bem como de Direitos Humanos universais, desde que ela seja entendida como um estudo conceitual universal sobre o objeto de estudo da ciência jurídica, buscando a definição de seus objetivos, bem como, como consequência, o estudo de sua evolução, visando a proteção do maior número possível de pessoas. Mas cabe salientar que, para tanto, os conceitos empregados em seu estudo devem sofrer as adaptações necessárias, seja em relação ao tempo, seja em relação ao espaço, o que será possível a partir de uma ideia de multiculturalismo que respeite os indivíduos em sua essência (o que inclui os elementos culturais que constituem a sua identidade). Assim, aplicar-se-á o multiculturalismo não como forma de reduzir e menosprezar determinados grupos, mas de respeitá-los como sujeitos de construção e de aplicação normativa que leve em conta os seus interesses e valores.

Assim, a universalização rogada no presente texto não busca uma cegueira das culturas divergente, mas uma promoção de Justiça, que garanta a responsabilidade dos Estados em promover a igualdade entre os indivíduos, não interferindo em suas

condições como pessoas, mas garantindo o reconhecimento como política e atuante num mundo jurídico dominado por valores ocidentais.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: ZAHAR, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 4.ed. Bauru: Edipro, 2008.
- BOUVIER; GAIDO; BRIGIDO, Hernán; Paula; Rodrigo Sánchez. **Teoria do Direito e Análise Conceitual**. In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- CORRÊA, Cláudia Franco; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. **O Núcleo de Mediação Extrajudicial de Rio das Pedras: a experiência da mediação comunitária como meio de administração de conflitos em uma favela carioca**. In: Revista Ciência Atual, Volume 1, Nº 2, 2013.
- CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ELIAS, Norbert; SCOTSON, Jhon L. **Os estabelecidos e os outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978/1979)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FUKUYAMA, Francis. **The End of the History and the Last Man**. London: Penguin, 1993.
- GALVÃO, Vivianny Kelly. **A construção crítica do núcleo de direitos humanos em face do princípio da prevalência dos direitos humanos**. Tese. Universidade Federal da Paraíba, Programa de Pós Graduação em Ciências jurídicas, 2015, p. 50.

- GRUBBA, Leilane Serratine. **O problema do essencialismo no Direito:** inerentismo e universalismo como pressupostos das teorias que sustentam o discurso das Nações Unidas sobre os direitos humanos. Tese. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de PósGraduação em Direito, 2015.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.
- HUNTINGTON, Samuel. O Choque de Civilizações. São Paulo: Ponto de Leitura, 2010.
- KREUTZ, Lúcio. Identidade étnica e processo escolar. Cadernos de Pesquisa, Campinas, n. 107, jul. 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista.** Disponível em: <http://www.amazon.com.br/Manifesto-Comunista-Friedrich-Engels-ebook/dp/BooAGAOKQE/ref=sr_1_1?ie=UTF8&qid=1398114898&sr=8-1&keywords=manifesto+comunista>. Acesso em: 21 abr. 2014. Publicado em: 30 nov. 2012.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A vida pode morrer?** Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.) Novos Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Sequência**, Florianópolis, ano XXVI, n. 51, p. 9-30, dez. 2005.
- NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- OLIVEIRA, Mirian Gracie Plena Nunes de. (coord.) **Exclusão ou desvio?** Sofrimento ou Prazer. In: BRASIL. Mistério da Saúde. Entre riscos e danos: uma nova estratégia de atenção ao uso de drogas. Cooperação Brasil – União Européia, 2002.
- PANIKKAR, Raimundo. (1983), **É a Noção dos Direitos do Homem um Conceito Ocidental?** Diógenes Revista Internacional de Ciências Humanas. Brasília, Editora da UnB/UNESCO, nE 5, p. 11.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006, p.16/17.
- POSNER, Richard A. **Fronteiras da Teoria do Direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

- RAZ, Joseph. **Pode Haver uma Teoria do Direito?** In: RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. Uma Discussão sobre a Teoria do Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- RODRIGUEZ, María del Carmen Acuña. Trabalho apresentado no GT “Políticas públicas de género e agenciamento: da disciplina dos corpos à inclusão e às garantias de direitos” do **V Congresso Internacional em Estudos Culturais: Género, Direitos Humanos e Ativismos**. Disponível em: <http://estudosculturais.com/congressos/vcongresso/wp-content/uploads/2016/09/interculturalidade-e-dissid%C3%A2ncias-sexo-gen%C3%A9ricas-conex%C3%B5es-para-o-agenciamento.pdf>.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **O Discurso e o Poder**: Ensaio sobre a sociologia da retórica. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova [online]. 1997, n.39.
- SEGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos**: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, Apr. 2006.
- SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Loureano Pelegrin. São Paulo: Edusc, 1999.
- SIGMUND, Freud. **O Mal-Estar na Civilização**. São Paulo: Penguin e Companhia das Letras, 2011.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.
- TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes**: poderemos viver juntos? Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 224/225

A (DES)LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL DIANTE DE SUA MULTIFACETADA DEMOCRACIA

**THE (UN)LEGITIMATION OF THE THE JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL
ACCORDING TO ITS MULTIFACETED DEMOCRACY**

Gerson Ziebarth Camargo

Universidade Paranaense (UNIPAR)

Hélintha Coeto Neitzke

Universidade Paranaense (UNIPAR)

Sumário: Introdução; 1. Ativismo Judicial: delimitações conceituais e desaprovação) dessa postura; a) Posições de aprovação da postura ativista: a democracia está representada na concretização dos direitos fundamentais; b) Posições de reprovação: desrespeito à repartição de Poderes e, conseqüentemente, à democracia; 2. Por que a democracia pode (des)legitimar posturas ativistas?; Conclusões; Referências

Introdução

O artigo 2º da Constituição Federal brasileira de 1988 consagra que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Até aqui nenhuma novidade quanto à tradicional teoria da repartição de poderes atribuídas às constituições modernas e contemporâneas.

Já a redação do artigo 3º da Carta Magna brasileira revela uma missão estatal deveras complexa a ponto de abalar as estruturas de uma democracia vista sob seu aspecto formal e, conseqüentemente, sob um viés material, permitir rupturas na tradicional separação dos poderes a ponto de se conceber um papel protagonista do Poder Judiciário brasileiro em detrimento de instâncias democraticamente eleitas.

No Direito, em razão das coisas "constantemente se fazendo", buscam-se conceitos e ideais aptos a traduzir suas "melhores" noções, razão pela qual este artigo objetiva expor a dualidade representada pelo argumento/ideal da democracia que, à medida que justifica e enaltece o ativismo judicial, também ilustra os perigos dessa postura. Por óbvio, decorre o problema central dessa dualidade: como e por que o mesmo argumento (democracia/legitimação democrática) pode contribuir com a postura ativista e simultaneamente rechaçá-la?

Tal dualidade possui como uma de suas origens o (neo)constitucionalismo, global movimento jurídico, filosófico, sociológico e político oriundo do pós-segunda guerra, cuja principal finalidade é justamente limitar o poder do Estado por meio da inserção de direitos fundamentais compilados em uma Constituição. Caracteriza-se por uma série de fatores que, em suma, aproximam o direito da moral e conferem ao destinatário das normas constitucionais a força normativa da Constituição, a eficácia horizontal dos

direitos fundamentais, o fortalecimento do Poder Judiciário, constatando, para muitos, o fracasso do Estado legislativo de direito.

De antemão, constata-se que esse movimento situa-se em ideologia diametralmente oposta à democracia em seu ideal de vontade da maioria representada de forma direta ou por meio do representante (legislador), uma vez que, quando se visa limitar poder, por óbvio se está munido de elementos contramajoritários.

Nessas dificuldades majoritárias e como consequência do neoconstitucionalismo, considerando uma aparente supremacia do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Legislativo, emerge o ativismo judicial. Pelo fato de os juízes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, surgem controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo.

O ativismo, defendem alguns, desprestigiaria o Poder Legislativo, que teria enfraquecida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas perderiam sua força para a interpretação constitucional realizada pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas a doutrina se mostra dividida quanto ao assunto. Inclusive, chega a apresentar a democracia como fundamento para louvar o ativismo ao mesmo tempo em que para rechaçá-lo. Por isso, o objetivo deste artigo se limita a analisar o argumento da democracia como o problema central para legitimar ou não o ativismo.

Para isso, consiste em uma pesquisa qualitativa e parte de uma abordagem dedutiva. Com relação às técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina (com enfoque nas lições diametralmente opostas de Luís Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck e Jônatas Luiz Moreira de Paula) a discussão da temática apresentada.

A presente análise se mostra relevante no sentido de estabelecer um alerta a quem necessita de maior ônus argumentativo para justificar uma tese jurídica de forma a evitar argumentos que sirvam, ao mesmo tempo, de parâmetros para ideologias diametralmente opostas, exigindo que o crítico evite o argumento ou estabeleça as delimitações conceituais adequadas.

1. Ativismo Judicial: delimitações conceituais e desaprovação) dessa postura

O termo é atribuído ao ordenamento norte-americano. Eis as transcrições do jornalista ao analisar as posturas dos juízes da Suprema Corte citadas por Barroso:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo

na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. [...] Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.¹

A origem do termo, portanto, remete à análise da postura do juiz ao tomar suas decisões. O passivista julgava adstritamente aos dispositivos legais, sem convicções pessoais, tudo em prol da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir.

O conceito "original" de ativismo judicial transformou-se ao longo do tempo, e hodiernamente, principalmente no Brasil, são várias as definições encontradas, nacionais ou internacionais, da expressão, razão pela qual será necessário, delimitar seu conceito de modo a não se estabelecerem contradições quanto aos aspectos positivos e negativos do ativismo. Para isso, mister distinguir ativismo de judicialização da política.

A judicialização adveio da a) redemocratização do país; b) da constitucionalização abrangente que, pelo fato de contemplar as mais variadas e amplas matérias, antes dispostas apenas na legislação ordinária, permite se levar ao Judiciário as discussões sobre ações e políticas atinentes à área contemplada; c) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, por ser misto, permite que um sem-número de órgãos e entidades ajuíze ações diretas de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o ativismo enquanto postura proativa de interpretação atribui uma espécie de interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como:

a) Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas; b) Controle de constitucionalidade (the power judicial review); c) Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas².

A atitude que promove iniciativas tais como as citadas por Vitorio se estabelece diante de "situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a

¹ BARROSO, L. R. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

² VITÓRIO, T. B. S. C. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin*. Tese (Doutorado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 75.

classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas"³, razão pela qual a concepção de ativismo judicial representa a necessidade de uma participação mais pontual do Poder Judiciário na busca de implementar os valores e fins constitucionais.

Conceito mais crítico, porém apresentando a constatação comum de que de fato o ativismo reside em posturas adotadas, encontra-se nos ensinamentos de Streck, segundo o qual ativismo consiste na substituição (pelos magistrados), dos juízos do legislador e da Constituição "por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)"⁴.

Já a judicialização, para o referido autor, consistiria em um fenômeno contingencial que favorece a jurisdição constitucional, em especial a partir de um cenário construído no segundo pós-guerra, que, nas palavras de Streck, confere "deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário":

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.⁵

Desse deslocamento decorre a constatação de que "diversas questões que anteriormente seriam consideradas meramente omissões ou invasões legítimas do Estado, tornaram-se judicializáveis".⁶

Das delimitações, portanto, percebem-se diferenças entre ativismo e judicialização: enquanto o ativismo judicial representa uma atividade do magistrado ou da Corte, uma escolha baseada em critérios menos rígidos de interpretação, para alguns,

³ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

⁴ STRECK, L. L. *Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico*. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio Streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 2 maio 2017.

⁵ STRECK, L. L. O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 190.

⁶ NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. *A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco*. In: Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 187.

ou em pura discricionariedade, para outros. Realizada a importante distinção, limita-se este artigo a discorrer sobre o ativismo judicial conforme o apresentado.

A ideia de ativismo para Barroso se:

[...] manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do constituinte originário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁷

Nesse sentido, Perez apresenta fatores complementares de impulsão do ativismo judicial no Brasil: exigências do Estado - providência - modelo intervencionista - direitos fundamentais de segunda geração; ênfase do papel político do Poder Judiciário; atuação deficiente do Poder Legislativo; desvalorização da lei; texto constitucional caracterizado pela fluidez e ambiguidade, pois a Constituição “não oferece amarras precisas à interpretação, bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata”.⁸

Em função dessas condutas manifestadas pela postura ativista, têm-se, como exemplos no Brasil, decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de fidelidade partidária, verticalização, distribuição de medicamentos e determinação de terapias por determinação judicial, dentre outras, que maculariam o Poder Legislativo e ameaçariam sua legitimidade para inovar o ordenamento jurídico.

Esse cenário, portanto, praticamente permite que qualquer assunto relevante para a sociedade seja lançado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (judicialização), obrigado a decidir questões sobre biossegurança, imprensa, nepotismo, quebra de sigilo por CPI, disputas por terras indígenas, uso de algemas, políticas governamentais, relação entre poderes, dentre inúmeros outros, sob pena de infringir princípios constitucionais como acesso à justiça.

Por outro lado, a forma como seus Ministros atuarão diante dessas demandas pode ensejar a postura do ativismo judicial, "fenômeno" sobre o qual a doutrina brasileira divide posições ao apresentar aspectos favoráveis e desfavoráveis.

⁷ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

⁸ PEREZ, C. A. N. “Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012, p. 128.

- a) Posições de aprovação da postura ativista: a democracia está representada na concretização dos direitos fundamentais

O fenômeno da filtragem constitucional ou constitucionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser um filtro através do qual se deve ler e interpretar todos os institutos do Direito.

Hodiernamente, constata-se que o cidadão reclama abrigo ao Judiciário em detrimento de uma “hiperinflação legislativa”, conforme atesta Perez:

A hiperinflação legislativa traduz malefícios não só para o próprio instituto jurídico, mas também para a sociedade sobre a qual o ato normativo tende a incidir. Para o instituto jurídico “lei”, a transitoriedade e a abundância retiram-lhe a importância e a observância cogente. Para a sociedade, ensejam incerteza e insegurança nas relações travadas sob sua égide⁹.

Há que se considerar, ainda, a despeito das teses segundo as quais o ativismo judicial é contramajoritário, que, em um contexto de neoconstitucionalismo, em homenagem à dignidade da pessoa humana, há que se preservar um mínimo existencial, ou seja, uma eficácia mínima de direitos fundamentais, nem que para isso sejam necessárias intervenções *a priori* contramajoritárias porque, em verdade, questões políticas fundamentais se judicializaram.

Como destacado na introdução da presente pesquisa, questões polêmicas de grande interesse social ensejam uma transferência de poder ao Judiciário porque as instâncias políticas tradicionais não atendem às expectativas da sociedade, sofrendo crises de legitimidade e representatividade. Para contextualizar essa judicialização, apresenta-se o rol destacado pelo ex-presidente da OAB, Cezar Britto, no artigo A judicialização da política e a politização do Judiciário:

Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as suas contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre a exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância do direito de defesa, os confiscos salariais e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a

⁹ PEREZ, C. A. N. “Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012, p. 139.

ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, os investimentos em infra-estrutura (obras públicas, licitações), a política fiscal (inconstitucionalidade ou ilegalidade de tributos e incentivos).¹⁰

Perceba-se que o rol de celeumas apresentado envolve direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, os quais, por imposição constitucional, são levados à apreciação e à proteção pelo Judiciário. Assim, o ativismo como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa, na verdade, garantia dos direitos fundamentais e proteção contra omissões ou excessos oriundos do Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, ensinam Medeiros e Nelson:

Dessa forma, a judicialização da política faz parte do próprio processo democrático, pois que constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando forem eles sonegados, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo¹¹.

Corroborando com o mesmo entendimento, Paula igualmente lembra que a sociais legitima a atividade jurisdicional como “poder político não eleito diretamente pelo povo, dinâmica das relações porque realiza os fins sociais que o Estado de Direito se estabeleceu para o povo brasileiro, nos termos do artigo 3º, da CF”¹². Assim, de acordo com o autor, a atividade jurisdicional representa os valores sociais vivenciados pelo povo, sendo, dessa forma, a primeira manifestação da mutação social.

Se o artigo 3º da Constituição Federal representa o vetor para que o Estado concretize os objetivos a que se propôs, a atuação do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas no Brasil ocorre, em verdade, com autorização da própria Constituição.

Isso poderia, em tese significar preponderância da esfera jurídica sobre a esfera política, pois “os tribunais são chamados a funcionar como “árbitros” na solução de questões que poderiam muito mais adequadamente ser trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial.

Fato é que o Judiciário é portador de novos papéis no cenário constitucional atual. Como visto também, o ativismo judicial é atividade decorrente da judicialização das relações sociais, “fenômeno” que ocorreu no Brasil, conforme ensina Paula “a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e

¹⁰ BRITTO, C. *A judicialização da política e a politização do Judiciário*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹¹ MEDEIROS, J. T. S.; NELSON, R. A. R. R. “Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, n. 84, 2013, p. 212.

¹² PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 205.

valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento”¹³.

É claro que esse protagonismo pode ser ameaçador a uma formal separação de poderes. No entanto, há entendimento diverso, segundo o qual esse protagonismo não invade as instâncias democraticamente eleitas.

Medeiros e Nelson, por exemplo, entendem que o ativismo, nesse escopo, não compromete a separação de poderes:

Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais.¹⁴

Igualmente, segundo os autores, não há que se falar em ativismo judicial como atividade arbitrária:

O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão constitucional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando ele for provocado.¹⁵

Não diferente é o pensamento de Ronald Dworkin, que, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, entende que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não apenas constitui um padrão de poder democrático, mas também um veículo adequado que se evidencia efetivo à democracia:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores

¹³ PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 201.

¹⁴ MEDEIROS, J. T. S.; NELSON, R. A. R. R. “Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, n. 84, 2013, p. 215.

¹⁵ MEDEIROS, J. T. S.; NELSON, R. A. R. R. “Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, n. 84, 2013, p. 216.

majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo¹⁶.

Ademais, sob esse viés, o ativismo atribuiria legitimidade para invalidar atos daqueles que exercem mandato popular.

Segundo Luis Roberto Barroso, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais”:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.¹⁷

Justificar-se-ia, por isso, segundo Barroso, um caráter muito mais protetivo do Judiciário em relação à democracia do que a representação de alguma afronta a ela, conforme conclui:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Só atuam,

¹⁶ DWORKIN, R. *Juizes políticos e democracia*. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto. 26 abr.1997.

¹⁷ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.¹⁸

Assim, a atividade judicial de invalidar atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo não ensejaria afronta à divisão de poderes, pois a própria Constituição assim permite. Ademais, os magistrados não exercem suas atividades em nome próprio e dotados de subjetivismo, mas de acordo com a lei e com autorização da própria Constituição, em prol dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Assim, constata-se, pelo viés apresentado pelos autores neste tópico, que o ativismo consistente em entrave à democracia é o mesmo condizente à sua preservação.

b) Posições de reprovação: desrespeito à repartição de Poderes e, conseqüentemente, à democracia

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais e institucionais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial, que pode ser conceituada, de acordo com Barroso como “o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”¹⁹. Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.²⁰

Nesse mesmo sentido, definindo o caráter oposto do ativismo judicial, Vítório assevera:

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao Judicial activism, a qual é denominada self restraint (autorrestrrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes pelo povo²¹.

¹⁸ BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

¹⁹ BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. - 2 tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012, p. 07.

²⁰ BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. - 2 tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012, p. 07.

²¹ VITÓRIO, T. B. S. C. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin*. Tese (Doutorado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 76.

Quando o Judiciário, portanto, não adota essa postura autorrestritiva, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador à democracia em razão de alguns fatores que se passa a expor.

A postura proativa de interpretação da Constituição para concretizar direitos fundamentais às vezes pode ultrapassar os limites das funções institucionais constitucionalmente postas.

Nesse contexto, o Judiciário que é contramajoritário por excelência, "passa a atuar em substituição ao Legislativo aniquilando assim a discussão jurídico-legislativa democrática, o que termina por fulminar a própria legitimação da maioria que é ínsita ao regime democrático"²².

Conforme Teoldina Batista Cândido Vitório:

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes.²³

Percebe-se, portanto, que a crítica reside na ausência de legitimidade democrática do Judiciário para realizar anseios populares para os quais não foram eleitos, já que "o sufrágio universal é o fundamento ético da democracia".²⁴

Por esse argumento, estabelece-se certo receio, por parte de alguns doutrinadores, por uma "ditadura do Judiciário".

Segundo Hirschell apud Vitório, sustenta-se ainda:

Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um "governo de toga" ou uma "juristocracia" decorrente de uma falsa interpretação normativa: A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição

²² NERY JUNIOR, N.; ABBoud, G. *A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco*. In: Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

²³ VITÓRIO, T. B. S. C. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin*. Tese (Doutorado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 224.

²⁴ SANT'ANNA, L. F. B. *Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 125.

judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A nova ordem política - juristocracia – rapidamente se estabeleceu em todo o mundo - (HIRSCHEL, 2004, p. 222, tradução nossa, grifo nosso).²⁵

Outra crítica ao ativismo consiste na tese da última palavra supostamente atribuída ao STF. Segundo Dimoulis e Lunardi, pode apresentar riscos à democracia, conforme aduzem:

Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em “governo de juízes” ou em “juristocracia”. Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da “supremacia judicial”. Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (the final say). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a “lei suprema” mediante interpretação.²⁶

Significa dizer que, nos termos em que apresentada, a democracia afasta a postura ativista na medida em que o ativismo judicial poderia se revelar como fator prejudicial à harmonia entre os poderes ao interferir na gestão pública e nas escolhas do poder constituinte sem possuir a legitimidade para tal.

2. Por que a democracia pode (des)legitimar posturas ativistas?

A resposta a esse questionamento deve ser encontrada na relação democracia-constitucionalismo e nos multifacetados conceitos de democracia.

O casamento do constitucionalismo com a democracia produz tensões, como diria o Ministro Luis Roberto Barroso. Pelo fato de o ativismo judicial constituir uma atividade decorrente de um cenário neoconstitucional, cujo marco teórico, dentre outros, é a expansão da jurisdição constitucional e da dogmática de interpretação, a doutrina ilustra preocupações com eventual conflito entre constitucionalismo – que possui como um de seus pressupostos a limitação de poder - e democracia.

²⁵ VITÓRIO, T. B. S. C. *O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin*. Tese (Doutorado em Direito Público). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 58.

²⁶ LUNARDI, S. G.; DIMOULIS, D. “Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”. In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 467.

Isso porque, na relação político-institucional, a jurisdição constitucional, ao invalidar atos do Legislativo e do Executivo por meio de decisão judicial, atua, em regra, contra a vontade do “governo da maioria” (vontade política).

Nesse sentido, preleciona Streck que a disputa entre constitucionalismo e democracia suscita uma “tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação”, pelo que assim elucida:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.²⁷

Assevera ainda o autor:

Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria induz a uma consequente conclusão de que o Constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau²⁸.

Mas, afinal, o que é democracia?

É justamente em função da complexidade de seu conceito e de sua classificação que se permite concebê-la como fator tanto tendente à preservação do ativismo judicial quanto condizente ao seu entrave.

Os livros clássicos de Ciência Política e Teoria geral do Estado ensinam, em suma e a grosso modo, que a palavra “democracia” (demos – povo, os habitantes de um distrito e cratos – poder, autoridade, governo), no seu mais antigo e estrito sentido denota um governo no qual a vontade da maioria dos cidadãos qualificados faz lei ou exerce o poder.

²⁷ STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

²⁸ STRECK, L. L. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18-19.

Como dito, trata-se de um conceito restrito e, a despeito de sua essência, precisa de maior amplitude para explicar as tão complexas relações sociais e institucionais no cenário de constitucionalismo.

A democracia constitui “o meio, a condição, o ambiente em que se efetua um governo, republicano ou monárquico, no sentido de atingir o Estado, qualquer que seja também a forma por que se apresente, à sua destinação”²⁹. Para o mesmo autor, trata-se ainda de um:

[...] ambiente em que um governo de feição constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob fiscalização e crítica da minoria atuante.³⁰

Em busca daquela amplitude conceitual, aqui já se percebem concepções múltiplas, portanto, traçando-se ideias de governo da maioria ou da vontade geral, igualdade entre os cidadãos e como exercício de liberdade.

É possível em democracia sob o aspecto formal e material. O primeiro representaria:

...todo o procedimento adotado para a aquisição e exercício legítimo de poder político”; já o segundo é tido como “todas as realizações de promoção econômica, social, política, educacional, cidadania, ambiental etc., do indivíduo ou de grupos sociais.³¹

Os dois aspectos, portanto, relembram a clássica noção de um governo do povo (aspecto formal) e para o povo (aspecto material).

Fala-se também em princípio da democracia representativa, consagrado, Constituição federal, em seu artigo 1º, parágrafo único.

Somando-se a isso, em uma acepção contemporânea, tem-se o tratado como “democracia consensualizada”, que, de acordo com Paula:

A concepção contemporânea de democracia a coloca na sua forma consensual, ou seja, pressupondo-a que ela se exterioriza na forma representativa e conforme o governo da maioria do povo, em contraposição, ocorre a difusão do poder através de órgãos públicos independentes (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; Banco Central; Ministério Público; Receita Federal; os estados e municípios federados) ou órgãos privados independentes (partidos

²⁹ MENEZES, A. *Teoria geral do Estado*. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 268.

³⁰ MENEZES, A. *Teoria geral do Estado*. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 277.

³¹ PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 49.

políticos; imprensa; instituições de pesquisa; grupos econômicos; ONGs; OSCIPs).³²

A democracia, nesse modelo no modelo consensual, pressupõe, no âmbito do relacionamento com o poder político, o direito ao voto; o direito a ser eleito; o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos; eleições livres e honestas; liberdade de reunião; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; e instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam de voto e de outras manifestações de vontade popular.

Outra justificativa, ainda de acordo com Paula, para o fato de a democracia ser considerada direito fundamental reside em outras manifestações insertas na Constituição, tais como nos artigos 14 a 17 (direitos políticos), 23, inciso I (zelo comum a ser observado por todos os entes federativos para guarda da Constituição e das instituições democráticas), 90, inciso II (papel do Conselho da República em relação às instituições democráticas), 91 (papel do Conselho de Defesa em relação ao Estado democrático, 127 (papel do Ministério Público), 194, VI (administração da seguridade social, 206, inciso VI (ensino público), 215, §3º (acesso aos bens de cultura).

Ademais, até se chegar a essa concepção de democracia, tem-se a comprovação de que evoluiu ao longo da história constitucional brasileira. Isso porque, arremata Paula:

[...] os horizontes democráticos do Brasil ao final da década de 70 se resumiam na anistia política e em dar cabo ao regime militar; na década de 1980 centrava na promulgação de uma nova Constituição Federal; na década de 1990 na remoção jurídica do entulho autoritário; já no século XXI a democracia concentra-se na realização da promoção social³³.

Assim, a depender da delimitação conceitual acerca de democracia, pode-se utilizá-la como argumento favorável e desfavorável à justificação do ativismo judicial, e a recíproca é verdadeira – o ativismo pode homenagear ou desprestigiar a democracia, a depender de como esta é conceituada e compreendida. Veja-se: quando utilizada em seu aspecto formal (governo do povo), pretende-se valorizar a separação de poderes e a soberania do poder constituinte, razão pela qual uma postura proativa de interpretação pelo Judiciário - cujos membros não são democraticamente eleitos e em cuja discricionariedade pode criar um direito não legitimado -, a pretexto de suprir deficiências de representatividade do Executivo e do Legislativo ou de efetivar direitos por conta da omissão do legislador ou gestor público, macularia a democracia, exigindo que os juízes assumam postura de deferência em relação aos demais poderes e atuem como legisladores negativos.

³² PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 20.

³³ PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 39.

Por outro lado, quando analisada sob o aspecto material (governo para o povo), enaltece-se a ideia de promoção social, de concretização de direitos fundamentais e da realização do artigo 3º da Constituição, motivo pelo qual a democracia é elemento motivador do ativismo judicial pelo fato de quando instigado, o Poder Judiciário se vê obrigado a analisar questões ignoradas pelos órgãos tipicamente políticos e a controlá-los em eventuais hiperinflações legislativas que poderiam restringir a liberdade dos cidadãos ou frustrar seus direitos fundamentais, exigindo postura proativa de interpretação e aplicação da Constituição.

Conclusões

A pesquisa visou analisar o argumento da democracia como elemento legitimação do ativismo judicial como entrave a essa postura. Pode-se concluir que a democracia de fato é utilizada tanto como argumento de justificação do ativismo como de seu afastamento. Isso porque o constitucionalismo, ao defender a limitação do poder por meio da concretização de direitos fundamentais, entra em choque com o ideal democrático.

Com efeito, também pelo fato de o conceito de democracia seu apresentar-se plural, pois quando vista sob o aspecto formal, é ameaçada pelo ativismo e exige postura autorrestritiva do Judiciário. De outro vértice, ao ser analisada sob o viés material, a democracia justifica o ativismo.

Seria esse o motivo da dualidade ora apresentada. Constata-se que o ativismo judicial é uma realidade decorrente da judicialização das relações sociais, razão pela qual os juízes figuram como protagonistas da resolução de conflitos porque os poderes Legislativo e Executivo sofrem de crise de representatividade. No entanto, esse ativismo pode apresentar riscos à democracia (formal) pelo fato de as decisões judiciais nitidamente contramajoritária usurparem as funções constitucionais dos poderes constitucionalmente eleitos.

A precaução que se propõe a partir dessas reflexões é o do cuidado com o ônus argumentativo para criticar ou enaltecer o ativismo, necessitando que o crítico não utilize a palavra democracia de forma indiscriminada, descuidada e – por que não dizer – indisciplinada. Para evitar essa prática, delimitações conceituais são necessárias, sob pena de ser considerado um argumento falho ou esquizofrênico, afinal, a mesma democracia, sob o mesmo enfoque de análise, jamais poderia legitimar e, ao mesmo tempo, deslegitimar uma postura ativista.

Referências

- BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. - 2 tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.
- _____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.
- _____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.
- BRITTO, C. *A judicialização da política e a politização do Judiciário*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. 2010. Acesso em: 17 maio 2017.
- DWORKIN, R. Juízes políticos e democracia. O Estado de São Paulo. Espaço Aberto. 26 abr.1997.
- GUEDES, N. *O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção*. 23 de julho de 2012. Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em: 1 jun. 2017.
- LUNARDI, S. G.; DIMOULIS, D. “Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”. In: *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011.
- MEDEIROS, J. T. S.; NELSON, R. A. R. R. “Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, n. 84, 2013.
- MENEZES, A. *Teoria geral do Estado*. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. “A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco”. In: *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PAULA, J. L. M. *Democracia e jurisdição*. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.
- PEREZ, C. A. N. “Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012.

SANT'ANNA, L. F. B. Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STRECK, L. L. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista"* (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011.

_____. *Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico*. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 2 maio 2017.

VITÓRIO, T. B. S. C. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011A

FRAGILIDADE E A FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FRAGILITY AND POWER OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

Juliana Mary de Carvalho Rolim¹

SENAI-Bayeux/PB

Sumário: Introdução; 1. Humanismos e Ética Humanista; 2. O Problema: Fragilidade da Dignidade da Pessoa Humana; 3. A Força da Dignidade da Pessoa Humana; Conclusão; Referências

Introdução

Mudanças aconteceram, em termos de paradigmas do pensamento ético, desde a antiguidade até a modernidade. Isso foi um paulatino rompimento com a ética divina e uma passagem para a ética humanista. O argumento da lei natural foi perdendo espaço político, até a consolidação do parâmetro moral advindo do homem e destinado ao homem.

O Estado Democrático de Direito no Brasil possui um perfil ético em que a lei se propõe a manter a ordem social e, para tanto, precisa extrair os preceitos morais da própria sociedade a que se pretende aplicar, tendo o atributo inexorável da mutabilidade, fluência constante, o que é indicativo de uma ética humanista, aqui considerada como aquela que não considera os preceitos morais de uma ética naturalista, mas se embasa na superestrutura social humana.

Acontece que esse mesmo Estado, que parece fundamentar a política no Direito Positivo e negar o Direito Natural, consagrou o Princípio soberano da Dignidade da Pessoa Humana, elevando-o ao status de cláusula *pétrea* da Constituição Federal de 1988. Mas, que argumento ético fundamenta a existência de uma dignidade essencialmente humana, na conjuntura desse Ordenamento?

Nosso discurso defende que a gênese desse valor “dignidade” é metafísica, considerando a sua realidade *a priori*. Pensar nessa perspectiva, inevitavelmente, nos levou a digressão dos atributos desse valor na filosofia, tais como a universalidade, atemporalidade, extraterritorialidade e imutabilidade, tomando-a como algo que é, essencialmente, não sendo por ninguém humano concedida. Um discurso que, por sua vez, se abriga nos preceitos de um Direito Natural.

O problema é colocado sob a perspectiva da obra de Peter Singer, filósofo e professor australiano, que empreendendo pensar o problema da igualdade, não encontra o argumento ético universalizável que legitime se falar em uma dignidade humana, isso

¹ Mestranda na UFPB, advogada e professora no SENAI-Bayeux/PB

confrontado com o princípio legal da Dignidade da Pessoa Humana, que parece suscitar um conflito aparente entre Direito Natural e Direito Positivo, sob as lentes da tradição Humanista Cristã, isso porque o Direito não tem caráter progressista, mas de manutenção de poder, embora essa afirmação seja amplamente discutível, como o exemplo do que acontece com a própria temática dos Direitos Humanos.

A hegemonia política da Dignidade Humana, em nosso ver, propõe um resgate ontológico do humanismo, ao tempo que figura na trajetória ativa dos valores que permeiam os Direitos Humanos hodiernamente, o que sinaliza, na lei pátria, uma necessidade de investigação da medida de convivência da ética metafísica, tendência naturalista, com o positivismo sem caráter progressista na Ordem Política do Brasil.

Resta entender qual a característica da dignidade humana enquanto lei, no formato de princípio constitucional: se afastada do Direito Natural seria somente uma concessão do estado, e não um reconhecimento. Como na inquietação do francês Michel Villey², e se a política contemporânea que trata de “Direitos Humanos” não passasse de uma expressão mal formulada? Passível de ter sua própria existência problematizada?

Para dar conta das pretensões desse artigo, ele é dividido em três secções. Na secção 1, sobre os “Humanismos e Ética Humanista”, é feito um breve apanhado das tradições que figuram as revoluções éticas muito significativas ao recorte desse estudo, sendo, principalmente, a antiguidade clássica e a tradição cristã, em uma ponte com a primeira revolução ética a romper com o referencial divino, na modernidade, inaugurando a ética humanista.

O cenário construído pretende detectar as heranças dessas tradições no Estado Democrático de Direito e pensar, a partir disso, a existência política da Dignidade da Pessoa Humana. Então, na secção 2, intitulada “A Fragilidade da Dignidade da Pessoa Humana”, o objeto é problematizado em seu fundamento, tendo como contraponto a perspectiva adotada na Ética Prática do Singer, ainda que abordada a obra de maneira superficial. Em seguida, na secção 3, dedica-se a perceber a existência do princípio da igualdade entre humanos, em quem se manifesta a dignidade.

Quanto a metodologia utilizada, nos valem de pesquisa exclusivamente bibliográfica, tomando por marco teórico a Ética Prática do professor Peter Singer, ainda que no recorte dos dois primeiros capítulos, bem como de outros autores relevantes ao debate, como Aristóteles e francês Jacques Maritain. A construção do texto é pretense à forma analítica (não prescritiva).

² VILLEY, M. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. Maria Ermantina de Oliveira Prado Galvão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

1. Humanismos e Ética Humanista

Para bem pensar acerca do Humanismo importa compreender semanticamente o alcance do conteúdo da palavra. Trata-se de um termo de variadas acepções teóricas, na literatura, na política, filosofia e na Ciência Jurídica.

O humanismo aparece representando, *latu senso*, a centralização, valoração e enaltecimento do homem humano em qualquer questão.

São muitos os movimentos sociais que aludiram à centralidade do homem, na história e na filosofia. A natureza humana sempre foi objeto de investigações, cujas conclusões vão das mais aporéticas, às mais místicas, às mais céticas. A inquietude pela substância alcançou grandiosas formas em Aristóteles, Cícero, Kant, Hume, Tomás de Aquino, filósofos que legaram seu tempo e suas tradições.

Quando nos referimos à “natureza humana” nos preocupamos com uma conjuntura, unidade estrutural – manifestações de pensamentos, criatividade, afetividade, ação – que lhe foi dada pela natureza, não pela cultura, não pelo meio, mas por algo anterior às suas experiências, uma potência de gatilho para as reações com as imposições da realidade.

Quentin Skinner percebe que alguns comentadores recentes traduziram esse conceito de humanismo e empregaram o termo (e seus sinônimos) de forma excessivamente vaga. Esse é, talvez, o primeiro problema quando nos debruçamos sobre os estudos humanistas, uma reunião conceitual precisa que descreva as pretensões do trabalho.

Porém, acordando aos ensinamentos de Skinner, vemos que a resposta a esse problema não é fugir ao emprego do termo humanismo, mas confinar (pelo menos a princípio) o uso a seu sentido renascentista original, com referência àqueles que estudaram e se destacaram num grupo particular de disciplinas que se ordenavam em torno do estudo da gramática, retórica, história e filosofia moral³, embora posteriormente utilizemos o termo para descrever sua manifestação em tradições posteriores.

O Humanismo *latu senso* considerado, surgiu e ressurgiu diversas vezes, em diversos lugares e épocas, e a sua tradição é uma perspectiva ampla dessa tendência de pensamento, cuja instabilidade representa uma cara discussão filosófica e que sobremaneira influenciou a ciência ética. Sobre isso, não pretendemos nos voltar à completude de um estudo sobre os humanismos, mas referir-nos ao punhado que interesse aos estudos éticos, considerando o humanismo não resumido a escola ou doutrina, mas como:

³ SKINNER, Q. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. ED. Schwarcz, São Paulo, 1999. Pg. 22.

Una amplia tendencia, una dimensión de pensamiento, sentimiento y creencia, un continuado e vivo debate dentro del cual em cualquier momento histórico pueden encontrarse muy diferentes, y a veces opuestas, contracciones, unidas más que por una estructura unificada, por la certeza de compartir ciertas asunciones y preocupaciones entre algunos problemas y tópicos, que cambian en distintos momentos históricos. Tradición humanista es la mejor expresión que he podido encontrar para expresar esa amplia concepción.⁴

Embora haja na configuração da antiga sociedade grega a herança que forjou o humanismo no Renascimento, o termo, tal como aparece na nossa tradução, não era conhecido, tendo sido utilizado apenas em 1808 em sua forma alemã, *Humanismus*⁵. A palavra é de uso tardio, por mais que se refira à antiguidade clássica e ao seu resgate renascentista.

A *Paideia* grega, ou seja, o sistema de educação voltado a forjar as potências políticas do cidadão na *Polis*, foi um forte legado para a tradição greco-romana que influenciou o humanismo no ocidente.

É nesse mesmo berço clássico que está a valorização da razão, considerada a mais elevada das virtudes humanas, isso induz os processos políticos à sofisticação da filosofia do autoconhecimento.

Aristóteles, nascido trezentos e cinquenta anos antes de Cristo, tem uma produção filosófica sobre a Ética, complexa e peculiar à sua tradição. Com uma significação diferente da que nos é apresentada nos tempos hodiernos, Aristóteles não vislumbra a ética a partir de uma conduta humana isolada, uma atitude ou uma escolha apenas mas considera uma vida inteira vivida, para se dizer de alguém que foi feliz ou fracassado.⁶ Para Aristóteles, ética e felicidade são coisas assemelhadas.

A tradição grega acreditava na ideia de cosmos antropocêntrico (ou geocêntrico), finito e ordenado. Assim, a ordem do universo esperava de cada ser e de cada elemento que exercesse a sua função no espaço, segundo as suas potências, que seriam também as suas virtudes.

O discurso grego discordava da existência do acaso, onde tudo tem uma finalidade predeterminada e viver eticamente significa encontrar a excelência das virtudes através do hábito.⁷

⁴ BULLOCK, A. **La Tradición Humanista em Occidente**. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1989. Pg. 15.

⁵ BULLOCK, A. **La Tradición Humanista em Occidente**. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1989. Pg. 15.

⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção os Pensadores). Livro I, 10.

⁷ _____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção os pensadores). Livro II, 1.

Caberia ao ser humano, nesse cenário, a investigação dos seus talentos, a prática de sua atividade através da repetição e a consecução da excelência, em grego, *arete*. Viver feliz é encontrar no decorrer da vida as condições necessárias ao desenvolvimento da excelência das potências. Além de ter talentos, um homem deveria encontrar um ambiente que possibilitasse a sua prosperidade.

A ética aristotélica reconhece que os talentos são distribuídos dentre os homens pela natureza, de maneira desigual. As aptidões, ainda que para atividades semelhantes, aparecem em alguns seres humanos de maneira melhor que em outros. Assim também as aptidões aparecem para atividades diferentes, e tão melhor é um talento quanto mais necessário para a vida política, para a sociedade. Assim, dentre todos os talentos possíveis ao ser humano, o mais essencial, o de maior valor era a razão.⁸

A atividade intelectual contemplativa conferia ao homem, na sociedade grega, um status de superioridade política produto de uma “superioridade de natureza”. A substância humana, a humanidade do homem, para os gregos era a razão.

Nessa tradição clássica a ideia de igualdade não se sustenta. A desigualdade seria o atributo natural e essa “ordem” natural, inclusive há um capítulo da obra de Aristóteles⁹ dedicado inteiro a justificar a escravidão, prática da ética grega rechaçada na tradição cristã subsequente.

Percebe-se que o argumento ético grego era essencialmente metafísico, porque a ordem política tinha por princípio essa existência de uma lei natural. As virtudes ou potências – que fariam dos homens inferiores ou superiores – eram nada mais que a vontade de Zeus. Trata-se de uma ética regida pelas ideias essenciais de ordem e finitude cósmica, valorização da razão, desigualdade política e trabalho aristocrático.

Em Roma, o panorama de desenvolvimento filosófico da doutrina estoica *tradicionalista da virtude social*, pode ser ilustrada nas palavras de Andityas Soares de Moura Costa Matos, ensinando que tal doutrina distinguia entre as perfeitas virtudes teoréticas, sendo essas a sabedoria, a justiça, a coragem e a temperança, das não teoréticas. As não teoréticas seriam acessíveis a todos os homens, ao contrário das teoréticas, exclusivas dos sábios¹⁰.

Nesse contexto, a *educação humanística universal* teve como representante Marco Túlio Cícero. Essa escola tratava de ensinar jovens, pautados em postulados de tradição cosmopolita e ideais *humanitas*. Conforme preconiza a professora Rosana Miranda Ferreira:

7. _____, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção os Pensadores). Livro I,

9 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção os Pensadores), Livro III.

10 MATOS, A. S. M. C. **O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no discurso de Stoá em Roma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Em suma a ideia de humanitas se consubstancia no reconhecimento da estrutura objetiva do direito, e na edificação da sociedade política. O direito, como jurisprudência efetiva, o bem comum de todos os povos civilizados, será o grande legado de Roma à tradição do Humanismo¹¹

Acontece que trezentos e cinquenta anos depois da vida e obra aristotélica, surge o percussor de uma revolução do sistema clássico de preceitos. Trata-se do Cristo Histórico, Jesus de Nazaré, líder espiritual subversivo, alternativo do seu tempo, que em seu ministério público renovou pilares éticos e políticos fundamentais.

Jesus de Nazaré ressignificou alguns conceitos difundidos pela sabedoria grega. Sobre os “talentos”, as potências individuais, o Cristo histórico prega a respeito através de uma parábola¹²: um senhor precisa sair em viagem e entrega aos seus os seus talentos (na língua, talento também significava dinheiro), de maneira desigual e para homens diferentes, a fim de que administrem e prestem contas em seu retorno.

Um dos servos recebeu cinco talentos e multiplicou em mais cinco na prestação de contas com o seu senhor. Outro recebeu dois talentos, esse frutificou em mais dois. E outro servo recebeu apenas um talento, mas o enterrou para que não perdesse, temendo a fúria do seu senhor.

O servo que recebeu cinco talentos, com eles frutificou o máximo que podia, e devolvendo dez, foi enaltecido. O que recebeu dois, dobrando em quantidade, o fez também diante de todo esforço e obstinação, mas só devolveu quatro. Ainda assim, o senhor ficou igualmente satisfeito. O que recebeu um, porém, que enterrou o talento, cheio de receios, e não devolveu ao senhor nada além do que recebeu, foi repreendido veementemente.

Trata-se de uma perspectiva ética que transmuta a virtude moral que antes considerava as potências individuais e que agora passa a ser, não aquelas virtudes, mas o uso livre e deliberado que se faz delas.

Tão melhor é o indivíduo que possui cinco talentos quanto o que recebe apenas um. Isso é igualdade. Porém, será bom o que frutificar – usar bem o que lhe foi concedido -, ainda que tenha a possibilidade de não fazê-lo. Isso é liberdade.

Além de revolucionar o conceito da vida ética instituindo a ideia de igualdade e liberdade – que ilustra a conduta do livre-arbítrio -, a tradição cristã institui o princípio mandamental de amor ao próximo¹³.

Na antiguidade grega, a valorização do autoconhecimento e do raciocínio direcionavam a preocupação para virtudes voltadas para si. Na ética cristã, a ideia de

¹¹FERREIRA, R. M. **Humanismo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo13.htm>> Acesso em: 05 de Nov. de 2013.

¹² VVAA. Bíblia Sagrada: São Paulo: Editora Ave-Maria, 206^a ed., 2015, p. 1315.

¹³ VVAA. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Editora Ave-Maria, 206^a ed., 2015, p. 1338.

arete (excelência) é substituída por *ágape* (amor) embora conserve a ideia de inspiração ou determinação divina, mas a vida ética já não se conquista em si mesmo, mas da relação com o outro. Isso é alteridade, a inauguração do pensamento fraterno.

Depois da igualdade e do livre-arbítrio, a alteridade é um valor moral bem consolidado nos tempos seguintes à vida do Cristo Histórico. Desde então a ideia de relacionamento e convivência não abandonou mais o conceito de Ética.

Ademais, a ideia de trabalho também é resignificada na hegemonia do pensamento cristão à medida que se desvincula da tradição aristocrata, onde o trabalho não dignifica o homem, ao contrário, significa talentos menos nobres que a atividade intelectual. Agora, com a inserção da igualdade e do livre-arbítrio, o trabalho é boa e necessária virtude, e ainda além, é obrigação – embora perante a qual haja liberdade – de todo ser humano, ante a concessão divina das capacidades.

Tanto na antiga tradição grega quanto na tradição judaico-cristã os preceitos morais não têm referenciais artificiais, ou seja, não são referenciais produzidos pela sociedade, mas têm caráter divino, de lei natural, transcendente e universal, de uma essência inspirada em algo superior ao homem.

A primeira revolução do pensamento a romper com a ética divina se deu apenas na transição para a modernidade, após mil e seiscentos anos da vida do Cristo histórico e hegemonia ética de seus preceitos.

A ideia grega de *cosmos* (finito e ordenado) será superada pela descoberta da infinitude do universo e sua consequente desordem.

A localização no espaço passa a precisar de parâmetros artificiais. Assim, também na filosofia, há uma crise dos parâmetros morais divinos, inaugurando as possibilidades políticas de não justificação do julgamento das condutas morais através de leis naturais, mas eminentemente humanas. É o surgimento da ética essencialmente humanista.

A época Iluminista era também caracterizada pela rejeição da transcendência espiritual e oponente à crença religiosa. O antropólogo francês Louis Dumont, na sua obra *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna*, nos apresenta o individualismo surgido e reconhecido como um “valor” ocidental, consolidado por todas as escolas humanistas posteriores.¹⁴

É através da revolução ética na modernidade que se reflete sobre a necessidade da norma moral ser inspirada na própria conjuntura social a qual ela pretende se aplicar, assim como se apresenta a ética jurídica no direito atual.

¹⁴ DUMONT, L. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

Em tempos modernos, a lei - que antes era divina e universal a todos os homens - passa a se justificar no próprio homem. A norma moral não vem, necessariamente, da vontade de Deus, mas da necessidade humana de conviver e administrar conflitos.

Na recepção periférica dessa tradição moderna no Brasil, gradativamente e até os dias atuais há um esforço de, ao menos formalmente, a positivação das normas aparentar um rompimento com o Direito Natural, na medida em que se pretende adequada à sociedade e mutável, segundo as mudanças do próprio parâmetro social.

A lei não serve mais à vontade divina, mas à ordem e à própria pretensão de poder em um dos pilares do Estado tripartido. O próprio Direito não tem caráter progressista, mas de manutenção de força estabilizante perante o Ordenamento.

Ao tempo em que consideramos tudo isso, é imperativo perceber que somos também uma sociedade evidentemente banhada pela herança do pensamento judaico-cristão, em uma análise macro da cultura.

A prática da religiosidade é um traço cultural extremamente forte na América Latina, e embora haja todo o processo de laicização do Estado, culturalmente a filosofia moral dominante pratica a igualdade, o livre arbítrio e a alteridade fraterna, ainda que de forma descompromissada com a crença em uma divindade.

Esses valores servem à possibilidade de uma boa vida compartilhada, norteando a gerência do comum. A ordem que se busca com a imposição da prática dos valores é social, não espiritual, necessariamente.

Acontece que, aparentemente, também não foram apenas os valores morais da ética do Cristo Histórico que remanesceram à sociedade contemporânea. A inquietação pela investigação da substância humana, ou seja, “o que faz o ser humano ser”, continua sendo uma questão filosófica controversa.

Trata-se essencialmente de uma digressão ontológica que pretende as conclusões no campo da ética prática: há um imperativo que faz da pessoa humana um objeto de proteção perante o Estado, e mais do que isso, há um imperativo moral que faz o homem sentir o que convencionou-se chamar dignidade.

De acordo com os princípios éticos comuns à sociedade hodierna, Aristóteles estava errado ao dizer que a virtude excelente do homem é a razão, porque o limite ou incapacidade de inteligência não faz um humano menos humano que outro, cujo o intelecto tenha maior limite. Nem mesmo a total incapacidade de pensar desumaniza. Consideramos, na presente investigação, que a virtude excelente do homem é, de fato, a dignidade.

2. O Problema: Fragilidade da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme o exposto na secção anterior, a ética cristã é precursora em afirmar, repise-se, que todos os seres humanos são iguais – afirmação que desautorizaria, inclusive, diversas práticas políticas gregas –, desde de que humanos sejam.

Mas, o que é, afinal, ser humano? Qual o ponto comum na raça humana que fundamenta a igualdade? É do que passaremos a tratar buscando discutir, sob a ótica até aqui considerada, o que caracterizaria o que se categoriza enquanto “essência humana”.

Na perspectiva desenvolvida até aqui, não haveria muita celeuma quando o problema é identificar se um ser é ou não um ser humano. Ainda que diferentes as raças, ainda que diferente o sexo, ainda que diferentes as orientações sexuais, ainda que portadores ou não de deficiências, ainda que mutilados, desfigurados, etc.

Se defrontados, nós e um outro ser humano, não parece de grande dificuldade saber tratar-se de um ser humano. Mas que essência é essa? O que possibilita essa identificação, facilmente? Explicar já não parece tão fácil, e embora essa investigação seja um antigo labor da filosofia, a atual política acerca da dignidade suscita o resgate de certos paradigmas.

Peter Singer, filósofo e professor australiano, em uma das suas obras mais significativas sobre ética¹⁵, empreende pensar esse problema da igualdade.

Adepto do utilitarismo ético, Singer não encontra o argumento universalizável que legitime a hierarquia do homem sobre animais não-humanos, o que contraria os argumentos éticos da política hegemônica humanista, em um dos sentidos do termo. Trata-se do tabu e do polêmico desafio de se portar diante da comparação de valor entre vidas humanas e não humanas.

No primeiro capítulo da obra referenciada, Singer afirma que a ética não é uma sistema fechado, mas uma perspectiva, e segue refletindo sobre as bases do problema da igualdade, o que esse princípio significa e o motivo que nos faz respeitá-lo.

Em seguida, problematiza os argumentos contra a igualdade, ou seja, aspectos que em certa medida diferenciam entre si os indivíduos humanos, como o sexo, a raça ou a inteligência.

Singer procura, então, algo de universalizável, uma característica que seja comum entre os seres humanos, que de certo modo esteja contido em todos, sem distinção, nem gradação.

O autor segue tentando encontrar esse princípio de igualdade, essa característica, mas os argumentos de desigualdade são objetivos o suficiente. O único aspecto comum

¹⁵ SINGER, P. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

entre os homens, na investigação de Singer, é a capacidade de ter interesses e sentir sofrimento.

Acontece que essa capacidade de sentir não iguala apenas os seres humanos, mas todos os seres animais e seres sencientes.

Certamente é um direcionamento importante e um argumento potente a resolver a hegemonia (quanto a legitimidade “natural”) do homem perante os demais seres vivos. O discurso de Singer serve à causa do movimento pelo direito animal, sendo uma perspectiva ética extremante cara à filosofia, mas essa sabedoria apenas agrava as inquietações sobre o que é a humanidade do homem: substância intuitiva que motivou Singer a procurar o que ele não encontrou.

A abordagem singerista parece não intuir os elementos que inspiraram (ou foram herdados) das tradições humanistas, aparentando uma pureza de pensamento, ou seja, capaz de dissertar sobre uma filosofia completamente limpa de influências da cultura, aqui no sentido de costumes, hábitos de um povo.

É uma análise lógica brilhante, de argumentos éticos irretocáveis, caso não fôssemos herdeiros dos resquícios fundamentais de uma ética divina, de uma filosofia moral que superioriza o homem politicamente.

Parece-nos razoável pensar na dignidade como esse elemento comum na espécie, resolutivo do problema da igualdade, já que inseridos em uma política estatal que impõe a sua existência, enquanto lei.

Mas ainda compete-nos investigar: sob que argumento ou fundamento se sustenta essa dignidade? Porque esse fundamento é, a nosso ver, justamente o que suportará a possibilidade de se falar em Direitos Humanos. Nas palavras de Francisco Borba Ribeiro Neto, o cerne teórico do Humanismo Integral na atualidade pode ser sintetizado em cinco pontos principais:

- a. O primado da pessoa sobre as coisas (...)
- b. A pessoa é uma totalidade que não pode ser reduzida às suas várias dimensões (econômica, cultural, social, etc.). (...)
- c. O objetivo último de todas as ações que acontecem na vida social é a construção do bem comum (...)
- d. A dimensão ética, enquanto manifestação da liberdade da pessoa, está presente em todas as esferas da vida (...) Portanto, não se pode pensar em progresso, desenvolvimento ou justiça social sem uma atenção particular para com a ética pessoal.
- e. O Estado não deve ser o grande protagonista das ações na vida social e na construção do bem comum. Este protagonismo cabe às pessoas e suas organizações.¹⁶

¹⁶ NETO, F. B. R. **Humanismo integral, pensamento católico e os desafios da sociedade brasileira.** São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/downloads/humanismo_integral.pdf>. Acesso em: 16 de nov. de 2013.

Tem-se, sob essa perspectiva, a fraternidade sendo apresentada como lei adensa as dimensões dos Direitos Humanos, pelo que toda lei deve ser pautada na dignidade da pessoa humana.

Aqui, o ser humano é centralizado de acordo com a sua natureza, agregados os valores pós-modernos da fraternidade como pilares desse grande Princípio de Dignidade.

O filósofo francês Jacques Maritain é autor da obra *Humanismo Integral*¹⁷, datada do ano 1936, sua obra mais expressiva da Filosofia Prática.

Olhando para as circunstâncias do mundo saído da Renascença e da Reforma, tendo a coerência cristã confrontada com a maré nazista e fascista, Maritain propõe o resgate da problemática do humanismo, renovando os princípios essenciais de Tomás de Aquino e pregando o restabelecimento da metafísica, a partir do resgate ontológico da natureza integral do indivíduo.

Na visão ética da obra “*Humanismo Integral*” Maritain suscita a necessidade da revitalização do humanismo em um contexto político ameaçador dos dogmas cristãos. A obra, cuja primeira edição data de 1936, se destaca em tempos como aqueles da década dos anos 30, porque avalia o totalitarismo enquanto exalta o homem como indivíduo livre, fundamentado na valoração do pensamento católico progressista.

Mantendo a fidelidade à raiz da filosofia tomista, Maritain preocupa-se com o destino dos valores espirituais ante o contexto histórico político europeu, da difusão do fascismo e do nazismo, pensando as dificuldades para manter uma coerência cristã diante dos problemas daquele tempo, e não o faz em uma perspectiva puramente católica, mas essencialmente filosófica.

Assim, se estabelece comunicação entre a Filosofia Humanista de tradição tomista em Maritain e o Jus-humanismo. A dignidade, na herança do humanismo cristão, se reconhece com feições de lei natural.

A obra *Humanismo Integral*, datada de 1936, olha para as circunstâncias do mundo saído da Renascença e da Reforma, a crítica marxista à religião, e contemplando a coerência cristã confrontada com a maré nazista e fascista, Maritain propõe o resgate da problemática do humanismo, renovando os princípios essenciais de Tomás de Aquino a partir do resgate ontológico da natureza integral do indivíduo.

¹⁷ MARITAIN, J. **Humanismo Integral**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1936.

Em Maritain, o Humanismo tem inspiração da ideia de valor e virtude na escola tomista, tendendo a manifestar a grandeza original do homem fazendo-o participar de tudo que o pode enriquecer na natureza e na história.¹⁸

O resgate de valores como a vida e a liberdade para a construção humanista, nos remete à gama de valores que compõem a dignidade humana, princípio componente basilar da Nova Ordem Constitucional, que tanto ampara as pretensões das minorias sobre a problemática da igualdade e da isonomia.

Dizemos tudo isso para perceber que há, na sociedade, uma flagrante defesa da existência da dignidade exclusivamente e essencialmente humana, como se a intuição acerca da substância do ser humano atentasse para essa dignidade. Como se ela fosse uma substância intuitiva. Como se ela pudesse ser sentida com a facilidade que não há, quando o problema é objetiva-la. Nas palavras de Maritain:

Considerando al humanismo occidental em sus formas contemporáneos, aparentemente más emancipadas de toda metafísica de la trascendencia, salta a la vista que si en él subsisten un resto de concepción común de la dignidade humana, de la libertad, de los valores desinteresados, es la herencia de ideas antiguamente cristianas y de sentimientos antes cristianos, hoy secularizados¹⁹

O poderio político e sua expressão jurídica, o Direito, em tempos atuais se desvincilhou da possibilidade de fundamentar normas a partir da lei natural. Acontece que não parece haver outro fundamento para a existência de uma dignidade especialmente humana que não possa ser problematizado através do consequencialismo ético, se não de ordem espiritual, considerando a gênese do valor, a dignidade *a priori*.

Não há lei ou construção social que se furte da inquietação de perceber a dignidade enquanto valor. Do contrário, se considerarmos a dignidade como um valor meramente cultural, ela será facilmente questionável pelo problema da igualdade já esgotado pelo Singer.

Ainda que seja verdade que não é necessário qualquer misticismo para se praticar a moral, ainda que o fato de considerar valores como a vida, a liberdade e a igualdade não esteja atrelado à crença em seres metafísicos, a gênese do valor “dignidade humana”, se desconsiderado o fundamento metafísico, é de existência questionável.

Somente se resgatado seu conceito *a priori* a dignidade é algo inerente a condição, essente ao homem e não concedida pelo homem, assim não podendo ser por ele retirada, ou desautorizada pelas suas instituições.

Cumpre-nos, por hora, apenas perceber que, essa dignidade tem *status* de lei maior no Ornamento Jurídico, e que já no Título I, cuidando *dos princípios*

¹⁸MARITAIN, J. **Humanismo Integral**: Uma Visão Nova da Ordem Cristã. Trad. Afrânio Coutinho. 5ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1965, pg. 4.

¹⁹ MARITAIN, J. **Humanismo Integral**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1936.

fundamentais, no artigo 1º, a Constituição da República lhe apresenta como fundamento do Estado Democrático de Direito.²⁰ Reconhecida a hipótese de fundamentar a dignidade em uma ética divina, resta-nos reportar à discussão Direito Natural x Direito Positivo.

3. A Força da Dignidade da Pessoa Humana

Aparentemente, como a ética legal é confessadamente positivista, existe um conflito entre as possibilidades de considerar a dignidade: filosoficamente, de forma mais abstrata, enquanto valor; ou objetivamente, enquanto uma norma, um texto. Podemos considerar, afinal, que a dignidade humana na realidade política brasileira é concedida pelo Estado? Ou é algo reconhecido pelo Estado?

Para o jusnaturalismo, a norma possui caráter transcendental emanado da natureza, reconhecida ou não como Deus, tendo o Direito Natural - em uma de suas concepções, especificamente a sugerida pela tradição tomista onde o valor da pessoa, sua liberdade, seus direitos, pertencem à ordem das coisas naturalmente sagradas²¹ - anterioridade e superioridade ao Estado, sendo imutável e atemporal, sem limites territoriais, porque é inerente e essencial à condição humana, fundamentado nos preceitos éticos sobre a justiça.

Jacques Leclercq, em sua obra *Du droit naturel à la sociologie* (1960, p.135) ensina que “o direito natural corresponde às exigências sociais da natureza humana, e as instituições contrárias à natureza não resultam em frutos de desenvolvimento”²².

Já no juspositivismo, enquanto direito posto, codificado, o ordenamento jurídico funciona como instrumento de manutenção do “estado de ordem” da sociedade, e não assume proposta progressista porque reconhece na ordem jurídica um instrumento de conservação político-cultural.

Acontece que a distinção entre os povos em todas as esferas, levando em conta particularidades territoriais, de crenças, momento histórico-político que porventura enfrentem, além dos impactos do atual cenário de globalização, geraria a impossibilidade de existir um direito – e dentro dele qualquer norma-princípio – universal, sublime, multicultural e constante que atendesse, de maneira indistinta, aos anseios morais da pessoa humana.

Nesse contexto, o Direito necessita ser mutável, temporal, determinado pela sociedade ao qual se destina aplicar, para que cumpra seu intento formal de gozar de poderio soberano.

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Artigo 1º. In: Vade Mecum Saraiva. 15. Ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ MARITAIN, J. **Os Direitos do Homem**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967, pg.17.

²² LECLERCQ, J. **Du droit naturel à la sociologie**. Paris: Spes, 1960. p.135.

Salvaguardamos a sabedoria dos argumentos positivistas, de que a Ordem Jurídica precisa ter o povo como fonte, bem como seu intento formal é, de fato, o de manter o status dos sistemas, como prega a tradição marxista, mesmo porque o direito codificado já deixou a esfera de discussão do universo do ser, para pertencer ao dever-ser (aqui referido como a previsão de conduta e não o ideal da ordem), e porque nem toda lei se ocupa do ser, mas também de mera operacionalização e assuntos alheios à ética metafísica.

Essas razões não são contestáveis, generalizadamente, mas é flagrante perceber um objeto *stricto sensu* da materialização do Direito Natural, remontado em toda a sua essência e característica, qual seja: a dignidade humana, como transcendência espiritual no produto humano do Direito, e como inerência da ordem social enquanto lei formal do ordenamento jurídico.

Atualmente, a dignidade invade o senso comum sob essas duas formas.

Sob a perspectiva metafísica, pensamos que a dignidade é a substância humana, a pergunta ontológica “o que é”, sobre o que é a humanidade no homem - já que não é a razão, como queriam os gregos -, ela parece ser a resposta do nosso tempo.

Desconsiderando isso, a simples consideração de sua existência enquanto texto social é pretensão de desconfiguração, como já fizeram os consequencialistas, haja vista que, nessa perspectiva, não há fundamento para uma dignidade humana, mas talvez para uma dignidade comum a todos os seres capazes de sentir prazer e sofrimento.

O tomista Francês Jacques Maritain em sua obra filosófica, especialmente em um escrito intitulado *Sur la philosophie des droits de l'homme*, apresenta uma preocupação com essa fundamentação ontológica dos direitos do homem, antes da sua imposição enquanto norma moral, corroborando com o que aqui sustentamos porque, no texto, Maritain conclui, basicamente, que qualquer justificação racional da ideia de direitos do homem, como da ideia de direitos em geral, exige que encontremos nas suas verdadeiras conotações metafísicas, no seu dinamismo realista e na humildade da sua ligação com a natureza e a experiência.²³

Ademais, servindo ao que defende e fortalecendo o nosso discurso, temos a fraternidade apresentada como o entendimento pós-moderno da consolidação desse macro princípio de dignidade.

A fraternidade maximiza o dever do respeito como atitude negativa (um não-fazer) para uma atitude positiva (um fazer/agir fraternamente). Parece encontrar as já mencionadas lições de alteridade da ética cristã.

Esse entendimento é a expectativa jus-humanista em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana: a introdução da fraternidade como categoria jurídica

²³ MARITAIN, J. *Sur la philosophie des droits de l'homme*. 1947.

central na Constituição Federal de 1988, já em seu preâmbulo, não mais configurando um simples ideal de Filosofia Política.²⁴

No Brasil de hoje, o papel do Estado de administrar essa unidade e distinção está em grande parte justificado na formalização dessa Dignidade da Pessoa Humana.

Estudar “Estado x preceitos humanitários” é garantir que não padeceremos de um fenômeno jurídico involutivo e que se preservarão preceitos éticos positivos que oportunize um quadro político fraterno, o que também parece discursar uma tendência progressista social: o fundamental se insurgindo contra o fundamentalismo.

Ao tratar acerca da dignidade como valor jurídico é natural invadir a mente palavras como “vida”, “liberdade” e “igualdade”, justamente porque os valores compreendidos dessa “dignidade” são diversos, filosoficamente considerando.

Já quanto ao caráter normativo, o termo princípio advém do latim “*principium*”, significando, simplesmente, origem. Então os princípios devem guardar a ideia de primeira fonte, primeira verdade, primeira verificação.

Estamos, portanto, tratando da dignidade como norma ética, em determinada perspectiva: atributo prévio, absoluto, universal e fundamental de toda e qualquer pessoa humana, distinta de coisa, sendo condição mínima da existência social.

Essa dívida (valor mais alto do ordenamento jurídico) é de todos, para com todos, em todo tempo, seja por parte do Estado, seja pela ou para com a comunidade, seja sujeito processado, cidadão comum livre, apenado, etc.

A dignidade deve estar contra qualquer ato humano destinado a outro humano, dela gozando todo homem, ainda que indigna seja sua honestidade, ainda que indigno seja seu comportamento.

O conjunto de direitos e valores universais/fundamentais que compõem a dignidade da pessoa humana transcendem o desenvolvimento bio-psicológico, físico e a capacidade civil, como ensina André Comte-Sponville, “um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente”²⁵, sendo aquilo que resolve o problema da igualdade, o problema da busca pela substância do homem, sendo a dignidade o verbo da humanidade em si.

O alcance da palavra “*dignidade*” recorre à historicidade dos direitos humanos, mesmo porque possui conceito jurídico-científico oscilante, no tempo e no espaço. O prelúdio atemporal de Immanuel Kant:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se

²⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988, Preâmbulo, *passim*.

²⁵ COMTE-SPONVILLE, A. **O Homem**. Disponível em: <
<https://pt.scribd.com/document/331672516/Andre-Comte-Sponville-O-Homem-pdf>> Acesso em 23
março. 2017, pg 1.

acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.²⁶

O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”²⁷

O direito à vida advém dessa dignidade exclusivamente humana. É havendo vida que há dignidade, sendo único o pressuposto. Enquanto for hegemônico esse valor, perante o Estado, o ser humano, que não é autor da vida, também não será da morte, figurando absolutamente ilegítimo qualquer vilipêndio à dignidade humana idêntica, em qualquer das suas dimensões, sob pena de estar padecendo, flagrantemente, de uma tremenda incoerência do pensamento.

Conclusão

Desde de Heráclito pensamos na imutabilidade das coisas, “os que entram nos mesmos rios, outras águas afluem”²⁸, assim também nós já não somos os mesmos, e tudo tem esse estado de fluência, que é inevitável ao Direito.

Ainda que possamos afirmar assim, o sofrimento intelectual de pensar que a dignidade humana (e os direitos fundamentais) é algo tangível, já que enquanto lei é alienada ao Estado, padecendo de uma fluidez que não condiz, absolutamente, com a crença do valor.

Em relação a própria Ética, concordamos com Singer, que parece mesmo ser ela (a ética) algo que não é, mas está segundo uma perspectiva, segundo um argumento que a classifique, pelo que se pode falar na existência de várias éticas.

O que se quis evidenciar com todo o exposto foi a hibridez da Ética Prática sugerida pelo Estado Democrático de Direito no Brasil, onde a lei é a normatização do tratamento do homem pelo homem, cujo fundamento é flagrantemente moderno, ou seja, herdeiro da ideia do rompimento com o pensamento grego sobre o cosmos finito e ordenado.

Então se pode dizer, em resumida ideia, que o Humanismo Jurídico é uma doutrina antropocentrista, instrumento de proteção do indivíduo através do direito positivo.

²⁶ KANT, I. **Doutrina do direito**; tradução de Edson Bini – São Paulo: Ícone, 1993, p. 65.

²⁷ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 01 dez. 2013.

²⁸ Heráclito. **Fragmentos Sobre a Natureza**. Trad. José Cavalcante de Souza. RIO DÍDIMO, em EUSÉBIO, Preparação Evangélica, XV, 20. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/jxfjnz5bipxbbpj/AACFzrosYZB5bYSok2AWU46Ea?dl=0&preview=fragmentos-de-heraclito-da-natureza.pdf>> acesso em 28.07.2017

Constatamos que o Estado concede o mais elevado *status* legal, cláusula *pétrea* da Lei Maior, para um preceito-valor consagrado por um Estado positivista. No mínimo, se fundamental a instrumentos políticos tão poderosos da sociedade – o quanto é a lei –, a dignidade precisa desse resgate ontológico sobre o qual tentamos refletir.

O problema dessa reflexão, que ilustramos através da sabedoria do consequencialismo prático no pensamento de Peter Singer, aponta para a impossibilidade de uma fundamentação lógica do enaltecimento da substância humana, considerada nesse trabalho como sendo a dignidade essencialmente humana, caso seja considerada apenas como expressão social ou norma.

Dessa forma, a reflexão nos leva a seguinte percepção: A Dignidade Humana, dentro do Ordenamento Político do Brasil, manifesta-se dissociada das suas característica *a priori*.

Aparentemente, a pretensão do Estado não é defende-la segundo os argumentos da corrente naturalista, mas figurar como a construção político-social comum às demais normas.

Essa é a possibilidade da perspectiva crítica e pragmática a um pressuposto que está tanto no universo filosófico, do ser, como na norma positiva, do dever ser, e assim pensar aquela existência de uma dignidade humana em dois formatos distintos: onde convergem, e onde (e se) divergem.

Positivado, o valor torna-se dogma social. Partindo da ideia de valor, é certo que o “fundamental” tem atravessado o fundamentalismo jurídico, ou seja, o apego à norma está de sobremaneira relativizado, em tese, pela tendência jus-humanista em que é a própria lei positiva, em tempos hodiernos, que tem figurado como fonte de valor abaixo do céu.

Independente da forma, se lei ou abstração, discutir sobre a dignidade sempre nos remeterá a inquietude do valor, algo que é crível, pertencente ao campo espiritual.

Tratando-se de lei, a crise está arraigada em perceber a impossibilidade da indistinção, universalização e atemporalidade. No estado, a dignidade não é, a dignidade está.

Se a ética do Estado Democrático de Direito é, por fim, meramente positivista, então a existência de uma lei portadora de uma defesa contundente à dignidade, não parece ser um reconhecimento político de algo que existe essencialmente no homem, parece ser uma concessão política de algo que só existe enquanto a lei imperar e onde ela imperar.

Aparentemente falamos em duas dignidades diferentes, uma natural *a priori*, e a outra *a posteriori*, positiva. Delas, a única existente na ética do Estado é, aparentemente, a segunda, uma necessidade política ou resultado de determinados momentos históricos.

Mas, o ser humano que reconhece a dignidade em seus pares, ainda o fará sob qualquer circunstância política.

Ainda que o outro se encontre em diferentes formatos culturais ou jurídicos, ainda que não se proponha o imperialismo do discurso, aceitando distintos tratamentos para outros seres humanos, reconhecendo o respeito não-universal da dignidade.

Transcendência do que é humano ou inerência do que é divino, para o ator social que assimila a dignidade como princípio resolutivo do problema da igualdade, subjetivamente ela parecerá ser idêntica na esfera filosófica espiritual e na esfera legalmente formal, para que seja um valor defensável não somente perante o Estado, mas perante um discurso ético.

Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1996 (Coleção os Pensadores).
- BULLOCK, A. **La Tradición Humanista em Occidente**. Ed. Cast.: Alianza Editorial, S.A, Madrid, 1989. Pg. 15
- COMTE-SPONVILLE, A. **O Homem**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/331672516/Andre-Comte-Sponville-O-Homem-pdf>> Acesso em 23 março. 2017.
- DUMONT, L. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- FERREIRA, R. M. **Humanismo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.valorjustica.com.br/artigo13.htm>> Acesso em: 05 de Nov. de 2013.
- HERÁCLITO. **Fragmentos Sobre a Natureza**. Trad. José Cavalcante de Souza. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/jxfjnz5bipxbbj/AACFzrosYZB5bYSok2AWU46Ea?dl=0&preview=fragmentos-de-heraclito-da-natureza.pdf>> acesso em 28.07.2017
- LECLERCQ, J. **Du droit naturel à la sociologie**. Paris: Spes, 1960. p.135.
- KANT, I. **Doutrina do direito**; tradução de Edson Bini – São Paulo: Ícone, 1993.
- MACHADO, C. A. A. A Fraternidade como Categoria Jurídico-Constitucional. SP: MDC, 2008.
- MATOS, A. S. M C. **O estoicismo imperial como momento da ideia de justiça**: Universalismo, Liberdade e Igualdade no discurso de Stoá em Roma. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARITAIN, J. **Humanismo Integral**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1936.

- MARITAIN, J. **Os Direitos do Homem**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- MARITAIN, J. Sur la philosophie des droits de l'homme. 1947.
- VILLEY, M. **O Direito e os Direitos Humanos**. Trad. Maria Ermantina de Oliveira Prado Galvão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NETO, F. B. R. Humanismo integral, pensamento católico e os desafios da sociedade brasileira. SP: PUC, 2012.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> Acesso em 01 dez. 2013.
- SINGER, P. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SKINNER, Q. **As Fundações do Pensamento Político Moderno**. ED. Schwarcz, São Paulo, 1999.
- VVAA. **Bíblia Sagrada**: São Paulo: Editora Ave-Maria, 206ª ed., 2015

O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE NA JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA – UM DIREITO EM CONSTRUÇÃO

THE PURSUIT OF HAPPINESS IN BRAZILIAN FEDERAL JUSTICE: A RIGHT IN PROGRESS

Luciana Romano Morilas¹

Universidade de São Paulo

Laís Kondo Claus²

Universidade Mackenzie

Sumário: 1. Introdução; 2. As várias abordagens do “direito à busca da felicidade”; 3. Materiais e métodos; a) Pesquisa Bibliométrica; b) Pesquisa na jurisprudência brasileira; 4. Resultados e discussão; a) Pesquisa webométrica sobre “Busca da Felicidade”; i. Discussão; b) A jurisprudência federal sobre a “Busca da Felicidade”; i. Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais; ii. Jurisprudência dos Tribunais Superiores; 5. Conclusões; Referências

1. Introdução

No Brasil, a Constituição de 1988 introduziu no ordenamento jurídico do país uma ampla gama de direitos fundamentais antes inexistentes. Dentre eles, ainda não se encontra formalmente positivado (mesmo apesar de já ter sido emendado 96 vezes) o Direito à Busca da Felicidade, que apareceu inicialmente na legislação estadunidense, estando presente já na Declaração de Independência estadunidense de 1776, nos seguintes termos:

Consideramos como evidentes estas verdades: que todos os homens são criados iguais, que são dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis; que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade (...)³ (tradução livre)

Porém, o instituto vem sendo aplicado em interpretações jurisprudenciais como forma de garantir direitos fundamentais, principalmente aqueles ligados à dignidade da pessoa humana. Na jurisprudência estadunidense, esse direito já embasou decisões que versam sobre direitos considerados novos – pois ainda não estão pacificamente integrados no conjunto histórico de direitos humanos institucionalmente garantidos – como o casamento inter-racial, casamento homoafetivo, entre outros.

¹ Professora de Direito Aplicado a Negócios na Universidade de São Paulo

² Advogada e Acadêmica de Direito pela Universidade Mackenzie

³ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness”.

O *leading case* sobre a aplicação do direito à busca da felicidade ocorreu no ano de 1823 no caso *Green v. Biddle*, no qual os herdeiros do senhor John Green processaram o tenente Richard Biddle, a fim de recuperar algumas terras que alegavam ser suas no estado de Kentucky. No ano de 1792 o Estado de Kentucky se segregou do estado da Virgínia; portanto, ambas as partes reivindicavam as terras pertencentes ao novo Estado. Entretanto, o que estava em discussão neste julgamento era se os atos do legislador do Estado de Kentucky, de 27 de fevereiro de 1797, e de 31 de janeiro de 1812, relativos àqueles que alegavam posse de terra, eram constitucionais ou não, pois ambas as partes reivindicaram o título da terra que anteriormente pertencia ao Estado da Virgínia. Na verdade, tratava-se de discussão de direito intertemporal, pois quando este se segregou do Estado da Virgínia, o novo Estado compactuou que a validade dos títulos das terras pertencentes ao novo Estado seria determinada pelas leis já existentes", isto é, as leis do Estado da Virgínia. Porém, o novo Estado promulgou uma lei que dispunha que, caso os ocupantes das terras situadas no seu território fossem retirados de suas terras, teriam direito à restituição de benfeitorias feitas no local. Entretanto, tal disposição violava o pacto entre os Estados da Virgínia e do Kentucky estabelecido no ato legislativo do Estado da Virgínia em 18 de dezembro de 1786.

Assim, a Suprema Corte Americana decidiu que, muito embora o Estado do Kentucky pudesse ter liberdade para legislar, esta liberdade não poderia ser satisfeita violando direito de outros Estados:

Quanto às objeções feitas pela parte contrária à nossa interpretação do pacto; que impugna o direito à busca da felicidade, que é inerente a qualquer sociedade humana; e é incompatível com estes direitos inalienáveis da soberania e do autogoverno, que cada Estado independente deve possuir; a resposta é óbvia: que nenhum povo tem o direito de perseguir a sua própria felicidade a fim de causar prejuízos para os outros, sendo que os pactos solenes como o presente foram feitos para a sua proteção. É uma máxima banal, que o homem desista de uma parte de sua liberdade natural, quando ele entra na sociedade civil, como o preço das bênçãos daquele estado, e pode-se dizer, com verdade, essa liberdade é bem trocada por as vantagens que fluem do direito e da justiça.

Desta forma, entende-se que os juízes da Corte Americana entenderam que a busca da felicidade não pode sobrepujar a soberania de outros estados, mostrando-se evidente que o termo, apesar de estar relacionado a um direito individual, não pode se sobrepor ao direito coletivo.

Na jurisprudência brasileira, o termo “busca da felicidade” vem sendo empregado também no sentido de garantir aos cidadãos direitos atinentes à dignidade da pessoa humana. É um tema ainda muito pouco estudado no Brasil. Para se comprovar esta afirmação, inicialmente o trabalho se debruça sobre estudar o que vem sendo e já foi escrito em língua portuguesa a respeito do tema. Pretende-se buscar, principalmente, trabalhos científicos, artigos que pretendem divulgar um tema de estudo diante da comunidade acadêmica. Assim, foi feito um estudo webométrico sobre os trabalhos publicados em língua portuguesa a respeito do instituto. Uma pesquisa anterior permite

inferir que há muito poucos trabalhos escritos sobre o tema, o que implica seu quase que total desconhecimento da comunidade acadêmica e, menos ainda, da população em geral, a quem aproveitaria as consequências de sua aplicação.

Uma vez colocadas as bases estruturais científico-acadêmicas sobre o tema, o trabalho avalia os acórdãos da Justiça Federal brasileira que tenham utilizado o instituto para fundamentar suas decisões. A Justiça Federal foi escolhida por ser mais acessível e por se tratar de um direito de base constitucional, com delineamento claramente ligado ao desenvolvimento de políticas públicas de Estado. É intenção futura incluir na pesquisa as decisões encontradas nos Tribunais de cada estado da federação, no total de 27, de modo a se delinear integralmente o panorama da aplicação do instituto no Brasil.

2. As várias abordagens do “direito à busca da felicidade”

Apesar de não estar inserido explicitamente no texto constitucional, logo no artigo primeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como fundamento da República brasileira. Em 2010, o senador Cristovam Buarque apresentou a proposta de emenda constitucional de número 19 (PEC 19/2010) para incluir os direitos sociais dispostos no artigo 6º da Constituição Federal como pressupostos para a busca da felicidade. Nesse sentido, manifesta-se Maria Berenice Dias (2012, p. 103⁴):

Sob a justificativa de que é preciso humanizar a Constituição, o Senador Cristovam Buarque apresentou a PEC 19/10 – a chamada **PEC da Felicidade**. Sustenta que os direitos deixaram de transmitir os sentimentos que deveriam representar, sendo necessário criar um novo paradigma na elaboração e na execução de políticas públicas. Afirma que o **direito de ser feliz** está atrelado aos direitos sociais e não ao subjetivismo de cada qual. Acredita o autor, que a ideia vai gerar amplo debate na sociedade, bem como atrair o interesse dos movimentos sociais. A proposta visa inserir a expressão “**essenciais à busca da felicidade**” no art. 6º da Constituição Federal: São direitos sociais, **essenciais à busca da felicidade**, educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Diz o autor que explicitar o **direito à busca da felicidade** na Constituição dará conteúdo objetivo e resgatar a garantia dos direitos sociais. (grifos das autoras)

Desse modo, afirma a jurista que o direito à busca da felicidade, muito embora não esteja positivado na Constituição, já é considerado como direito fundamental. Logo adiante ainda afirma que: “Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e de garantir o respeito à dignidade” (2012, p. 103). Uma primeira abordagem do instituto, portanto, é a que entende o direito à busca da

⁴ DIAS, Maria Berenice. “Direito Fundamental à Felicidade”. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. v. 2, n. 4, 2012, p. 101-107. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079>. Acesso em 20 out.2016.

felicidade como forma de governo. É relevante ressaltar que a mesma doutrinadora ainda afirma que, apesar de o legislador não ter positivado tal direito em nosso ordenamento jurídico, é possível utilizá-lo para preencher vazios legislativos.

Cabe ressaltar que tal Proposta de Emenda à Constituição foi arquivada ao final da legislatura em dezembro de 2014. Fica, portanto, mais distante a intenção de se positivar a “busca da felicidade” enquanto um direito no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, sua presença na jurisprudência tem sido comprovadamente essencial para a efetivação de novos direitos e para trazer completude às lacunas legislativas, vez que nem sempre o direito evolui na mesma velocidade que a sociedade.

Ao lado da concepção política do instituto, vários autores, entendem que a busca da felicidade integra o conjunto principiológico da dignidade humana, como esclarecem Gagliano e Rodolfo Filho (2016, p. 71):

Ademais, por se tratar de cláusula geral, de natureza principiológica, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.⁵

De forma ainda mais contundente, Leal (2008, p. 15) entende que o direito à busca da felicidade se configura como um postulado universal.

O Supremo Tribunal Federal, observando o que consignado na Carta Norte Americana, e remetendo esse princípio à categoria de postulado universal, tem inserido, na sua jurisprudência, posições fundamentadas no princípio da busca da felicidade, mormente quando o tema cuida de direitos fundamentais. O princípio da busca da felicidade, portanto, surge como princípio constitucional implícito, atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, importante vetor hermenêutico relativo a temas de direitos fundamentais.⁶

Já está assentado na doutrina brasileira (SARLET, 2015; PIOVESAN, 2015) que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor-fonte, que molda a interpretação do sistema constitucional:

Numa primeira perspectiva (não excludente das demais) a dignidade da pessoa humana, na acepção de Miguel Reale, consiste de uma espécie de valor-fonte, o que também foi objeto de reconhecimento pelo STF, alinhado com a tradição consagrada no direito constitucional contemporâneo, para quem a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem

⁵ GAGLIANO, P. S.; FILHO, P., Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 12. Ed. Saraiva, São Paulo, 2016. v. 4, t. I, p.71.

⁶ LEAL, S. T. “O princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”. *Observatório Da Jurisdição Constitucional*. Brasília, IDP, ano 2, ago. 2008, p. 15.

republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (SARLET et al., 2015, p. 257-258)

Sendo assim, o direito à busca de felicidade, enquanto consectário desse princípio, pode ser entendido como uma forma de contemplar restaurar a função ética e transformadora do direito. Diante da ausência do direito positivado, resta ao julgador, para cumprir com seu múnus essencial, garantir os direitos dos cidadãos concedendo-lhes importantes garantias por meio da estratégia mais comum à *common law* que ao direito romano, adotado no Brasil.

Para Hart (2001) é importante a existência de uma textura aberta do direito, pois em algumas situações haverá uma certa indeterminação da lei em relação à sua aplicação, ou seja, haverá algumas situações em que a lei não se aplicará de forma clara, principalmente, porque a sociedade evolui e nem sempre a legislação é renovada de modo a contemplar esta transmutação.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.⁷

Desta maneira, o teórico ressalta a importância dos precedentes para a solução destes vazios legislativos; porém, devemos observar que o sistema brasileiro e o norte-americano são muito diferentes e que, no caso do último, os precedentes seriam uma chave na solução deste tipo de problema; no entanto, ressalta importância de um balizamento através do uso das regras gerais com intuito de que não haja diversas interpretações sobre o assunto.

De qualquer modo, é por meio da interpretação jurisprudencial que o direito à busca da felicidade tem adentrado o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo mais dignidade aos cidadãos, como restará assentado ao final deste trabalho.

3. Materiais e métodos

O trabalho está desenvolvido entre duas frentes integradas: a pesquisa bibliométrica busca entender o desenvolvimento do tema na literatura da língua portuguesa nos grandes portais de pesquisa científica. Tendo em vista a pequena produtividade científica, em língua pátria, a respeito do tema, é possível identificar uma relação com a também baixa utilização do instituto nos Tribunais Federais para a garantia de direitos fundamentais, como restará comprovado ao final.

⁷ HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa. 2001 p. 148.

a) Pesquisa Bibliométrica

A bibliometria estuda quantitativamente a produção bibliográfica sobre um determinado tema. Hood e Wilson (2001)⁸ apresentam um histórico interessante acerca da definição de bibliometria. Historiadores de Ciência da Informação datam a pesquisa bibliométrica inicial como um estudo de Campbell em 1896. Porém, Shapiro, em 1992, aponta precedentes legais para esse tipo de pesquisa já em 1743, o que torna a aplicação do método aqui ainda mais relevante. De qualquer forma, a cunhagem do termo “bibliometria” é bastante mais recente e também há controvérsia com relação à sua autoria. Inicialmente, utilizava-se o termo ambíguo “bibliografia estatística”, que poderia referir-se tanto a estatística da bibliografia quanto a bibliografia sobre estatística. Segundo Hood e Wilson (2001), a maioria dos autores (Fairthorne (1969), Lawani (1980), Hertzell (1987), Brookes (1988), White & McCain (1989), Soper et al. (1990) and Khurshid & Sahai (1991a)) confere o mérito a Pritchard, que teria sistematizado o tema em 1969. Porém, muito antes, em 1934, Paul Otlet já teria utilizado o termo no livro “*Traitée de Documentation*”. Hood e Wilson finalizam a discussão legando a Pritchard (1969) a importância de definir o tema como: “a aplicação de métodos matemáticos e estatísticos a livros e outros meios de comunicação” (tradução livre⁹). Ainda segundo os mesmos autores, o âmbito do método foi ampliado por Fairthorne (1969): “tratamento quantitativo das propriedades do discurso registrado e do comportamento a ele relacionado” (tradução livre¹⁰).

O objetivo de se utilizar a bibliometria neste trabalho é descobrir o que tem sido escrito sobre o tema em língua portuguesa. Quando a pesquisa foi iniciada, houve grande dificuldade em se encontrar trabalhos teóricos sobre o tema em língua portuguesa, apesar de o instituto estar sendo utilizado nos tribunais. Assim, surgiu a ideia de mapear o campo, principalmente no que se refere a artigos científicos referenciáveis. Aprofundando-se um pouco o estudo do termo “bibliometria” para que desenvolver a pesquisa, foi identificado o termo “webometria”, que na “aplicação de métodos informétricos à World Wide Web, como sugere Vanti (2002). Tendo em vista que hoje os artigos científicos de impacto encontram-se todos na rede, é mais adequado usar esse tipo de estratégia.” A bibliometria ou webometria é utilizada neste trabalho como técnica para se mapear a área de estudo pretendida, na esteira do que propõe Araújo (2006, p. 24): “A evolução dos estudos em produção científica, assim, assistiu à conversão da bibliometria, de um campo de pesquisa, em técnica – uma técnica útil, que deve ser adotada em conjunto com métodos qualitativos fornecidos pelas ciências sociais.”

⁸ HOOD W; WILSON C. “The literature of bibliometrics, scientometrics, and informetrics”. *Budapest Scientometrics*. 2001, vol: 52 (2), pp: 291-314.

⁹ “the application of mathematical and statistical methods to books and other media of communication” (Pritchard, 1969, apud HOOD & WILSON, 2001, p. 293)

¹⁰ “quantitative treatment of the properties of recorded discourse and behaviour appertaining to it”. (Fairthorne, 1969, apud HOOD & WILSON, 2001, p. 293).

Este trabalho, portanto, leva a cabo um estudo webométrico dos artigos científicos publicados sobre o tema “busca da felicidade” em língua portuguesa nos portais de pesquisa científica da área de ciências sociais aplicadas. Objetiva-se demarcar toda a pesquisa já feita na área para, então, eventualmente aplicarem-se as técnicas estatísticas adequadas. O termo de busca ficou delimitado em “busca da felicidade”, a tradução em língua portuguesa do instituto já cunhado em língua inglesa “pursuit of happiness”. O termo foi sempre lançado entre aspas, para tentar evitar distorções.

Em seguida, foram determinados os portais onde a pesquisa seria feita. Foram levantados os portais científicos de maior relevância para a pesquisa em língua portuguesa. Destes, foram selecionados: SciELO-Scientific Eletronic Library; Science Direct; portal de periódicos da Capes; portal de Revistas da USP; Biblioteca Digital da Produção Intelectual da Universidade de São Paulo. Também foram feitas pesquisas em redes sociais acadêmicas, onde o compartilhamento de artigos pode facilitar o acesso: Mendeley e Research Gate. As buscas foram todas realizadas em 27 de julho de 2017.

b) Pesquisa na jurisprudência brasileira

O Conselho da Justiça Federal do Brasil congrega as informações a respeito dos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ) e dos Tribunais Regionais, atualmente em número de 5. A emenda constitucional nº 75/2013 criou outros 4 tribunais regionais, mas a criação está suspensa até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 5017/DF proposta pela Associação Nacional de Procuradores Federais.

Com o objetivo de se identificar todas as decisões dos tribunais da Justiça Federal brasileira, foi feita uma pesquisa diretamente no portal da justiça federal, onde é possível encontrar toda a jurisprudência em uma única pesquisa. Assim, acessando-se o sítio: <<http://www.cjf.jus.br>>, segue-se para o link “Pesquisa de Jurisprudência”, encontrado abaixo do menu do lado esquerdo. Em seguida “Jurisprudência unificada” e, na página que abre em seguida, foi lançado o termo “busca da felicidade” entre aspas, para evitar a utilização corriqueira da palavra “felicidade”. Foram selecionadas as caixas referentes aos dois tribunais superiores e a cada um dos tribunais regionais.

A partir da coleta dos textos, foi feita uma análise de casos da jurisprudência de modo a se identificar os temas recorrentes em que o referido instituto vem sendo aplicado com mais frequência. Para este trabalho, mostra-se suficiente a análise da ementa, pois se pretende chegar apenas aos principais temas em que o instituto é utilizado. O levantamento, apesar de ser de cunho qualitativo e descritivo, tem um viés também quantitativo ao pretender demonstrar o quanto o instituto vem sendo utilizado e seu emprego no decorrer do tempo.

No total foram obtidos 31 acórdãos, sendo sete decisões emitidas pelo STJ, 3 pelo STF e 21 pelo TRF2.

Todos as decisões encontradas tinham como tema alguma área do direito de família, dando-se destaque à equiparação da união homoafetiva à união estável, ao reconhecimento dessas uniões com intuito de recebimento de pensão por morte e reconhecimento de uniões paralelas ao casamento.

4. Resultados e discussão

a) Pesquisa webométrica sobre “Busca da Felicidade”

A análise dos sítios eletrônicos identificados anteriormente demonstra os seguintes resultados:

- SciELO-Scientific Eletronic Library

A partir do acesso ao sítio <www.scielo.com.br>, no link “pesquisa de artigos”, aparecem como resultado da pesquisa sete artigos, espalhados em cinco áreas diferentes, nenhum deles na área de direito. Em nenhum deles, o termo “busca da felicidade” aparece como termo técnico aqui buscado. São artigos da área de psicologia e da saúde que utilizam a expressão de forma genérica. Portanto, nesse portal de pesquisa, nenhuma menção ao termo foi encontrada.

- Science Direct

A busca feita no sítio <<http://www.sciencedirect.com/science/search>> resulta em 32 ocorrências, das quais um texto é em inglês, apenas com abstract em português. Dessas, 19 publicações são afetas ao direito e podem tratar do instituto, apesar de não explicitamente. Não foi possível conferir, pois os textos não são “open access”.

- Portal de periódicos da Capes

A página <<http://www.periodicos.capes.gov.br>> permite acessar a busca por assunto, periódico, livrou ou base. Na busca por assuntos, a pesquisa retorna com 82 resultados. O texto mais antigo é de 1996, mas trata de literatura. O tema só é tratado no formato que se busca aqui em 2007, numa dissertação de mestrado orientada pelo Prof. Ingo Wolfgang, o maior estudioso do tema no Brasil. Novamente, os temas variam de saúde a consumo, incluindo educação e feminismo. Três textos até mencionam a existência do direito à busca da felicidade, mas nenhum trata teoricamente do conceito.

- Portal de Revistas da USP

No sítio <www.revistas.usp.br>, a busca simples do termo resulta em 91 ocorrências. Analisadas cada uma delas, é possível verificar que vários artigos são os mesmos encontrados nas bases anteriores. Os temas se repetem mais uma vez e nenhum deles trata o instituto teoricamente. Apenas um desses artigos encontrados cita o instituto na forma buscada neste trabalho. Os demais apenas filosofam sobre a felicidade abstratamente, mencionando eventualmente o direito a persegui-la.

- Biblioteca Digital da Produção Intelectual da Universidade de São Paulo (BDPI)

Em se tratando da maior universidade da América Latina, é conveniente observar o que está definido como “o instrumento oficial da Universidade de São Paulo para reunião da produção intelectual”. Acessando o sítio: <<http://www.producao.usp.br/>> e digitando “busca da felicidade” na aba de buscas, aparecem 13 resultados. Nenhum deles trata do instituto.

- Mendeley

A partir do sítio <www.mendeley.com>, a busca pelo termo apresenta 8 resultados. Um deles é o mesmo que já apareceu na busca do SciELO. De todos, apenas um utiliza o conceito no sentido adotado neste trabalho. Porém, como política pública (adotada no Chile) e não enquanto instituto jurídico. Assim, nenhum dos trabalhos encontrados aproveita a esta pesquisa.

- Research Gate

Em busca na aba “publicações”, a partir de <www.researchgate.net>, os resultados mostram 29 diferentes artigos, dentre os quais alguns já apareceram em buscas anteriores, mas se mostram irrelevantes para o trabalho. Apenas três artigos utilizam o instituto conforme tencionado neste trabalho.

i. Discussão

Nos principais portais indexados aqui pesquisados, encontram-se muito poucos trabalhos sobre o tema “busca da felicidade” em direito. Também foi feita uma busca rápida no Google Scholar que, apesar de se dizer acadêmico, não diferencia bases indexadas ou não. Há 8.630 resultados, excluindo-se patentes e citações para páginas em português apenas. Uma avaliação rápida leva à mesma conclusão que a análise dos portais de pesquisa aqui examinados.

É a partir do ano de 1995 que o termo começa a ser encontrado na literatura de língua portuguesa como constante da Declaração de Independência estadunidense. É como se, até então, o tema fosse inexistente, apesar de já estar lá há pelo menos dois séculos. Soa como uma descoberta.

A maior parte dos textos encontrados trata a “busca da felicidade” a partir da ideia filosófica tratada por Kant. Outra parte aborda a felicidade sob o aspecto psicológico ou psiquiátrico; há ainda menções sobre consumo, questionando o quanto o consumo pode (ou não) levar à felicidade. Sobre políticas públicas também encontram-se algumas menções, discutindo sobre o papel do Estado em promover a felicidade do cidadão. Há artigos da área de saúde, mencionando a importância desse bem essencial para que o cidadão alcance a felicidade, o mesmo tipo de abordagem com relação à atuação da mulher na sociedade.

A abordagem jurídica que aqui se busca, em língua portuguesa, é praticamente inexistente, o que traz relevância para a proposta deste artigo. Nenhum artigo científico a respeito do tema foi encontrado, o que impossibilita qualquer análise quantitativa sobre a pesquisa realizada. Por um lado, a pesquisa webométrica fica inviabilizada. Mas,

por outro, resta patente o quase ineditismo do estudo do “direito à busca da felicidade” em língua portuguesa.

b) A jurisprudência federal sobre a “Busca da Felicidade”

Na pesquisa, foram encontradas 31 decisões com o termo “busca da felicidade”, sendo 10 delas dos tribunais superiores e as outras 21 dos Tribunais Regionais. Interessante notar que apenas o TRF da 2ª Região tem julgados com a utilização do instituto.

A primeira menção aconteceu no ano de 2009 e, em 2010, concentra-se o maior número de decisões empregando o instituto. No ano de 2009, observa-se a menção do direito à busca da felicidade em oito julgados, ou seja, aproximadamente 25,80% da totalidade dos julgados ocorreram neste ano. No ano seguinte, 2010, há a incidência do direito à busca da felicidade em 17 casos, aproximadamente 54,83% da totalidade dos casos. Entretanto, nos anos seguintes, observa-se uma redução nos casos em que há menção do direito à busca da felicidade, em 2011 apenas 3 casos, ou seja, aproximadamente 9,67% do total. Ademais, nos anos de 2013, 2014 e 2015 há apenas uma decisão com a menção do direito por ano, somando 9,66% dos casos para os 3 anos, o que demonstra uma queda no uso desse direito.

É interessante notar que o maior número de menções coincide com o ano em que a PEC 19/2010 foi proposta no Senado Federal.

i. *Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais*

No que concerne às decisões prolatadas pelos Tribunais Regionais Federais, foram apenas encontradas decisões emitidas pelo Tribunal Regional da 2ª Região. Além disso, todas as 21 (vinte uma) decisões versam sobre um único tema em comum que é o pedido de pensão por morte do companheiro em união homoafetiva, que encontrava empecilhos de concessão por falta de previsão legislativa expressa.

(...) A inexistência de previsão legal expressa não é causa para que o Judiciário se exima de reconhecer os direitos decorrentes da convivência entre parceiros do mesmo sexo. II- Há que se aplicar o direito à luz de diversos preceitos constitucionais e não apenas atendo-se à interpretação literal do art. 226, § 3º, da Constituição Federal e do art. 217, da Lei n.º 8.112/90, eis que não há, por parte do legislador, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito à pensão vindicada, configurando-se mera lacuna, preenchível a partir de outras fontes do direito (STJ, RESP 395904, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 06/02/2006). III- Conforme consigna o egrégio STF no julgamento da ADI 3300 MC/DF, a doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade, tem revelado percepção do significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto à proclamação da legitimidade da

união homoafetiva como entidade familiar, de forma a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. IV- Na hipótese, ainda que o art. 217, da Lei nº 8.112/90 não contemple especificamente a situação do Autor, se o Sistema Geral de Previdência do país cogita de hipótese similar (IN nº 25-INSS), que estabelece os procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual, em respeito ao princípio isonômico, deve-se aplicar aos servidores públicos federais, por analogia, as disposições desse ato normativo. Precedentes dos Tribunais Superiores.(...) (EMEN.: APELREEX 00008366620074025001, Franca Neto, TRF-2, DJE data: 09/12/2010)

Desta maneira, através da pesquisa jurisprudencial nos tribunais regionais federais foi possível verificar que o direito à busca da felicidade tem sido utilizado para preencher o vazio legislativo, possibilitando às uniões homoafetivas os mesmos direitos garantidos às uniões estáveis, proporcionando proteção jurídica a uma parcela da população que anteriormente encontrava-se desamparada pelo direito.

ii. Jurisprudência dos Tribunais Superiores

Os resultados indicam 10 decisões que utilizam o termo “busca da felicidade”, das quais 7 são do STJ e as outras 3 do STF. As decisões do STJ são as seguintes:

RESP 201200026714	DATA:25.03.2015	4ª Turma
RESP 201200709101	DATA:25.06.2014	3ª Turma
RESP 201101981070	DATA:26.03.2013	3ª Turma
RESP 200901892230	DATA:07.06.2010	3ª Turma
RESP 200802832430	DATA:27.05.2010	3ª Turma
CC 200901942064	DATA:15.03.2010	2ª Seção
RESP 200800251717	DATA: 23.02.2010	3ª Turma

No tocante às decisões prolatadas pelo STJ, dentre as sete ocorrências encontradas, duas versavam acerca do reconhecimento e equiparação da união homoafetiva à união estável, que até o ano de 2002 era ignorada pela lei. É interessante notar que cinco dessas decisões foram prolatadas pela 3ª turma, o que demonstra uma tendência de entendimento desse trupo de julgadores já desde 2010, época das primeiras e da maior parte das decisões.

Nos casos de união homoafetiva, têm-se observado que o direito à busca da felicidade, interpretado como desdobramento do princípio da dignidade humana, é um precursor para uma nova exegese em relação às garantias legais dos direitos atinentes às uniões estáveis que, anteriormente, só eram assegurados aos casais heterossexuais.

A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e

concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, **busca da felicidade** e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual. (RESP 201200026714, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:25.03.2015 RIOBDF VOL.:00092 PG:00054 RMP VOL.:00057 PG:00353 RT VOL.:00956 PG:00493 ..DTPB:.) (grifo das autoras)

Dessa maneira, o direito à busca da felicidade desempenha o papel de preencher um vazio legislativo, vez que nem sempre as leis conseguem acompanhar a rápida evolução da sociedade. Ademais, denota-se a classificação do direito à busca da felicidade como um desdobramento do princípio da dignidade humana.

Das sete decisões resultantes da pesquisa, observou-se que três casos versavam sobre o reconhecimento de uniões paralelas que, atualmente, não são contempladas pelo direito pátrio, porém têm-se tornado cada vez mais recorrentes.

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. - As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. - Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na **busca da felicidade**, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (EMEN: RESP 200901892230, NANCY ANDRIGHI, STJ – TERCEIRATURMA, DJE DATA:07.06.2010 RT VOL.:00900 PG:00238 ..DTPB:.)

Destarte, o que se depreende desses casos é que, muito embora as uniões paralelas sejam uma realidade e estejam se tornando cada vez mais recorrentes, há um empecilho para o seu reconhecimento, pois o Brasil adota a monogamia como padrão jurídico, de forma que isso se torna um obstáculo ao reconhecimento das uniões paralelas.

Os demais casos também estão dentro da seara do direito de família, vez que um se trata de um caso de partilha de bens num divórcio; enquanto o outro aborda o direito

de um menor ficar com seus pais adotivos. Nesses dois casos, é possível inferir a importância do direito à busca da felicidade para agilizar a concessão de direitos.

EMENTA: CIVIL. DIVORCIO INDIRETO (POR CONVERSÃO). REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. PRÉVIA PARTILHA DE BENS. INEXIGIBILIDADE. NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA. ARTS. 1.580 E 1.581 DO CC/02. 1. A regulamentação das ações de estado, na perspectiva contemporânea do fenômeno familiar, afasta-se da tutela do direito essencialmente patrimonial, ganhando autonomia e devendo ser interpretada com vistas à realização ampla da dignidade da pessoa humana. 2. **A tutela jurídica do direito patrimonial, por sua vez, deve ser atendida por meio de vias próprias e independentes, desobstruindo o caminho para a realização do direito fundamental de busca da felicidade.** 3. O divórcio, em qualquer modalidade, na forma como regulamentada pelo CC/02, está sujeito ao requisito único do transcurso do tempo. 4. Recurso especial conhecido e não provido. ..EMEN: RESP 201101981070, NANCY ANDRIGHI, STJ- TERCEIRA TURMA, DJE DATA:26.03.2013 RBDIFS VOL.:00033 PG:00162 ..DTPB:.) (grifo das autoras).

No caso acima exposto, denota-se o afastamento da tutela patrimonial para a concessão do divórcio com escopo da garantia do direito fundamental à busca da felicidade. Em um outro caso ainda mais emblemático, nota-se a utilização do direito à busca da felicidade para a concessão da guarda provisória e aceleração do processo de adoção.

(...) Princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da busca da felicidade. Competência do Juízo suscitante. - Para o desenlace de conflito positivo de competência, em que jaz, na berlinda, interesse de criança, a ser juridicamente tutelado e preservado, acima de todos os percalços, dramas e tragédias de vida porventura existentes entre os adultos envolvidos na lide, deve ser conferida primazia ao feixe de direitos assegurados à pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, com atenção redobrada às particularidades da situação descrita no processo. - Se a guarda provisória foi deferida em favor de seus pleiteantes, os quais permaneceram com o pequeno praticamente nos seus três primeiros meses de vida, dispensando-lhe todo amor, cuidados e proteção compatíveis com o efetivo exercício da guarda de fato, tendo sido privados da manutenção do convívio, por decisão judicial que determinou a colocação da criança em abrigo de menores, define-se a competência pelo foro do domicílio daqueles que detêm a guarda, considerando-se, sobretudo, que nem o pai, nem a mãe, parecem oferecer, ao menos a princípio, e por motivos diversos, condições para cuidar da criança. - A mãe, sobre a qual pesam suspeitas de tentativa de negociação do bebê com o tráfico local, não apresenta as mínimas condições para cuidar do filho, conforme atestam as evidências contidas nos autos, de que já teria havido a entrega de outro filho para adoção, o qual teria sido “utilizado por terceiros”, mediante “aluguel”, para caçar esmolas nas ruas, sendo que os outros dois filhos que com a genitora vivem, encontram-se em precárias condições de saúde, alimentação, higiene e de educação, por alegada negligência da mãe, em clara afronta ao art. 5º do ECA. O pai, por sua vez, não está autorizado pela atual companheira a levar mais uma criança para ser por ela criada, pois esta já cuida de um outro filho dele, advindo de relação diversa. Por isso buscou solução no sentido de entregar o filho para ser cuidado pelos

“tios de consideração”, autores da ação de guarda. Foram todas essas, as razões que deram azo ao pedido de providências deduzido pelo Conselho Tutelar, em clara demonstração de que pairava insegurança quanto ao ambiente no qual a criança seria inserida, notadamente se mantida sob os cuidados da genitora. (...)(..EMEN: CC 200901942064, NANCY ANDRIGHI, STJ – SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:15.03.2010 RBDF VOL.:00015 PG:00116 ..DTPB:.)

Portanto, observa-se que no Superior Tribunal de Justiça o direito à busca da felicidade tem sido utilizado para os casos que envolvem, em regra, o direito de família.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, três decisões foram encontradas:

ADI 4277 DATA: 01.12.2014

ADPF 132 (julgada em conjunto com a ADI 4277)

RE-AgR 477554 DATA: 04.10.2011 Segunda Turma

As três decisões encontradas versam acerca da união homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico, e demonstram a importância venal do direito à busca da felicidade para garantia do reconhecimento e equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis. O primeiro caso julgado em 2011 refere-se ao direito à pensão por morte do companheiro outorgada ao sobrevivente em homenagem ao direito de constituir família da forma como entendem ser melhor para garantirem sua felicidade. Todo o texto da ementa merece a leitura, mas o trecho destacado abaixo é trazido a lume para realçar o entendimento sobre o instituto como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana:

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E **BUSCA DA FELICIDADE**. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da **busca da felicidade**, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à **busca da felicidade**, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. (RE-AgR 477554) (grifos das autoras)

A ADPF foi reunida à ADI e se tornou um julgamento icônico da justiça brasileira, pois causou grande debate de cunho moral e religioso. É o julgamento que reconhece aos casais homossexuais o direito à união civil e a consequente atribuição de todos os direitos

inerentes, como o direito ao nome, à pensão por morte, à herança. O julgamento teve a finalidade jurídica de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil.

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. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade.** Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos

fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (...) (ADI 4277, AYRES BRITTO, STF.)

É muito importante o reconhecimento de que o Estado deve garantir direitos aos seus cidadãos independentemente de qualquer visão religiosa. Dá-se também uma interpretação não reducionista à concepção de família, o que garante direitos preciosos aos cidadãos. Tudo como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à busca da felicidade.

5. Conclusões

É inegável a importância que o Direito à Busca da Felicidade tem no desenvolvimento da sociedade. Porém, como ficou claro, esse instituto não está claramente delineado no direito brasileiro. Seja como princípio autônomo, seja como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, seja como forma de implementação de políticas públicas, não há ainda uma clara definição do tema no direito pátrio.

Não há previsão constitucional ou legal que inclua o instituto formalmente no ordenamento jurídico brasileiro. Poder-se-ia argumentar, portanto, pela sua total inaplicabilidade. Porém, via jurisprudência, é possível verificar que há campo para sua inclusão e necessidade dos julgadores a ele recorrerem como forma de implementação de direitos fundamentais.

A pesquisa bibliométrica foi imprescindível para revelar que o assunto ainda carece de tratamento científico, visto que não foram encontrados artigos em revistas indexadas que tratem o tema. Há livros que mencionam o tema, há alguns poucos artigos não indexados (como os citados neste trabalho), porém, o assunto ainda é campo profícuo para tratamento acadêmico.

A pesquisa jurisprudencial demonstrou que a utilização do direito à busca da felicidade tem sido muito cuidadosa, pois se encontram poucos casos jurisprudenciais com menção a esse direito. Apenas 31 acórdãos na esfera federal é um número bastante reduzido. Além disso, quando encontrados, as decisões se restringem à área do direito de família.

Percebeu-se ainda que houve uma maior utilização do instituto como fundamento de decisões em 2010 e que, após esse período, houve uma queda significativa na sua utilização. Com o julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, e a consequente pacificação do tema, não houve mais decisões embasadas no direito à busca da felicidade que buscavam o reconhecimento da união estável para as uniões homoafetivas.

Entretanto, observa-se que alguns temas concernentes às relações familiares ainda perduram. Há o caso, por exemplo, das uniões estáveis paralelas, que não têm reconhecimento jurídico, e ainda são objeto de polêmica dentro do direito de família.

Referências

- ARAÚJO, C. A. “Bibliometria: evolução história e questões atuais”. *Questão*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 11-32, jan.-jun. 2006.
- DIAS, Maria Berenice. “Direito Fundamental à Felicidade”. *Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. v. 2, n. 4, 2012, p. 101-107. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1079>. Acesso em 20 out.2016.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, P., Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 12. Ed. Saraiva, São Paulo, 2016.
- HART, Herbert L. A. *O conceito do direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa. 2001.
- HOOD W; WILSON C. “The literature of bibliometrics, scientometrics, and informetrics”. *Budapest Scientometrics*. 2001, vol: 52 (2), pp: 291-314.
- LEAL, S. T. “O princípio da Busca da Felicidade como Postulado Universal”. *Observatório Da Jurisdição Constitucional*. Brasília, IDP, ano 2, ago. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.
- VANTI, N. A. “Da bibliometria à webometria: uma exploração conceitual dos mecanismos utilizados para medir o registro da informação e a difusão do conhecimento.” *Ciência da Informação*, Brasília, v. 31, n. 2, p. 152-162, maio/ago, 2002

LAS SOCIEDADES DIGITALES Y EL PLAN BEPS¹

DIGITAL SOCIETIES AND THE BEPS PLAN

Gilberto Atencio Valladares²

Sumario: 1. Introducción; 2. Contenido; a) Plan BEPS; b) Plan BEPS: Acción 1 y su incidencia en las sociedades digitales; c) Una mirada hacia algunos países de América Latina; d) El Plan BEPS y la ausencia de los de derechos de los contribuyentes; 3. Conclusiones; 4. Referencias

1. Introducción

En el mundo globalizado actual, estamos sumergidos en la era digital y en todos los sectores, debemos utilizar algún tipo de tecnología. La globalización económica está conllevando a una transformación de las estructuras en las cuales se han sustentado los países.

Por esta razón, el Plan BEPS que ha desarrollado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) intenta lograr una reformulación del marco regulatorio de la fiscalidad internacional con el desarrollo de quince acciones puntuales para que los países puedan hacer las modificaciones correspondientes.

Ahora bien, en estas breves notas abordaremos la incidencia que tiene el Plan BEPS, específicamente en las sociedades digitales y cómo pueden optimizarse a nivel fiscal la recaudación de tributos en este tipo de sociedades.

Es una realidad incontrovertible que para poder comunicarnos actualmente, necesitamos utilizar correos electrónicos, navegadores de búsqueda, redes sociales y sistemas de información. Ahora, precisamente en este tipo de sociedades se ha enfocado la OCDE en la acción número 1, por distintos motivos que analizaremos en estas breves notas.

De igual forma, vamos a analizar de qué manera deben equilibrarse y protegerse los derechos y garantías de los contribuyentes, al aplicarse el Plan BEPS.

¹ Una versión similar de este artículo se publicará en la Revista de Derecho Tributario núm. 155 de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT) y fue presentada una ponencia similar sobre el tema en el I Congreso de Derecho Transnacional en la Universidad de Salamanca en el año 2016.

² Doctor en Derecho, Mención Europea, Universidad de Salamanca. Profesor Invitado de la Universidad de Santiago de Compostela. Abogado y asesor

2. Contenido

a) Plan BEPS

El Plan BEPS se trata de una hoja de ruta y un proyecto para encontrar soluciones y eliminar la erosión de las bases imponibles y traslado de beneficios a jurisdicciones donde se tribute en menor manera. En los últimos años, ha sido una preocupación por los gobiernos del G20 y se busca que haya una coincidencia debida entre el lugar en que se realiza el hecho imponible y la tributación efectiva del contribuyente en ese mismo lugar. No cabe duda que estamos en presencia de un proyecto con una agenda ambiciosa³ que requiere de una actividad intensa. En un primer momento, se planteó el Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) titulado «Addressing Base Erosion and Profit Shifting» y luego el «Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting». De esta manera, este plan establece acciones concretas y con plazos de cumplimiento, para atacar la erosión de bases imponibles y traslados de beneficios.

MONTERO SIMÓ afirma «estamos asistiendo a una reacción por parte de los países, ante la insuficiencia de la normativa doméstica y los tratados bilaterales, como mecanismo para resolver los problemas fiscales en un mundo de economía digital y global. Urge tomar soluciones globales para hacer realidad entre otros, los principios de coherencia internacional en materia de ingresos y gastos, el de prevalencia de la sustancia sobre la forma y el principio de transparencia»⁴.

Por esta razón, GARCÍA NOVOA⁵ plantea que el «Informe de la OCDE sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) con su correspondiente plan de acción es solo la culminación de los profundos cambios que está experimentando la fiscalidad y el propio Derecho Tributario».

Son múltiples los factores que han llevado a los gobiernos a implementar este plan de acción. Básicamente, podemos indicar entre estos factores, la globalización económica y el consecuente comercio electrónico. De igual manera, las empresas digitales y los nuevos modelos de negocios que se han llevado a cabo con las mismas. También, los vacíos existentes en los convenios para evitar la doble imposición internacional, los supuestos de doble no imposición, la evasión fiscal y las prácticas elusivas abusivas.

³ Vid. BAKER, P.: «Is there a cure for BEPS?», *British tax review* núm. 5/2013, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, Oxford, 2013, pg. 605.

⁴ Vid. MONTERO SIMÓ, M.: «El plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE. ¿Un cambio de paradigma», en <https://blogmastercaf.wordpress.com/2014/02/21/el-plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-de-la-ocde-un-cambio-de-paradigma/>, España, 2015.

⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *El Derecho Tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT), Bogotá, 2015, pg. 19.

b) Plan BEPS: Acción 1 y su incidencia en las sociedades digitales

En el desarrollo de este plan se han creado quince (15) acciones enfocadas a reducir la evasión fiscal y prácticas elusivas abusivas a nivel global.

Para el caso específico de las sociedades digitales, nos vamos a enfocar en este momento, únicamente en la acción número 1, en donde se establece lo siguiente:

«Identificar las principales dificultades que plantea la economía digital a la aplicación de las actuales normas impositivas internacionales y desarrollar opciones detalladas para abordar estas dificultades, con un enfoque holístico y considerando tanto la imposición directa como la indirecta. Los temas a examinar incluyen, aunque no se limita, a la capacidad de una compañía de tener una presencia digital significativa en la economía de otro país sin estar sujeta a imposición debido a la falta de un “nexo” de acuerdo con las normas internacionales actuales, la atribución de valor creado a partir de la generación de datos comercializables de ubicación relevante mediante el uso de productos y servicios digitales, la caracterización de los ingresos precedentes de nuevos modelos comerciales, la aplicación de normas relativas a la fuente y el modo de asegurar la recaudación efectiva del IVA/IIC u otros impuestos indirectos relativos al suministro transfronterizo de bienes y servicios digitales. Ese trabajo necesitará de un análisis exhaustivo de los distintos modelos comerciales de este sector».

Podemos comenzar indicando que «la economía digital es el resultado de un proceso de transformación desencadenado por las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). La revolución de las TIC ha abaratado y potenciado las tecnologías, al tiempo que las ha estandarizado ampliamente, mejorando así los procesos comerciales e impulsando la innovación en todos los sectores de la economía»⁶.

En este sentido, «la economía digital se está convirtiendo cada día más en la economía propiamente dicha, resultaría una tarea ardua, si no imposible, tener que delimitar y separar el radio de acción de la economía digital del resto de la economía a efectos fiscales»⁷.

En relación a los nuevos modelos de negocios que se derivan de la economía digital, «el reporte individual de la Acción 1 menciona a los siguientes: (i) el comercio electrónico, (ii) el pago de servicios, (iii) las tiendas de aplicaciones o los *app stores*, (iv) la publicidad online, (v) la computación en la nube o *cloud computing*, (vi) la negociación de alta frecuencia o *high frequency trading*; y, (vii) las plataformas de participación en red o *participate networked platforms*»⁸.

⁶ Vid. *¿Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital?*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2014, pgs. 15-16.

⁷ Vid. *¿Cómo abordar los desafíos...*, ob. cit., pg. 16.

⁸ Vid. FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.: «Relatoría nacional Perú: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVII Jornadas*

Tal es el grado de preocupación por parte de la OCDE en relación a la fiscalidad de las sociedades digitales, que han puesto como la primera acción⁹ del Plan BEPS intensificar los esfuerzos para evitar la erosión de bases imponibles en la tributación del impuesto sobre sociedades en este tipo de empresas y en la necesidad de la tributación efectiva en el Impuesto al Valor Agregado.

Para ello, se plantean varias líneas de acciones. En primer lugar, para poder lograr una tributación acorde a las legislaciones nacionales de los países, se requiere un análisis exhaustivo y en profundidad de los distintos modelos de negocios existentes en la actualidad en las sociedades digitales. En segundo lugar, evaluar la posible erosión de bases imponibles por la presencia significativa de una empresa en un país, pero por las características de su negocio, no tributar en el mismo. En tercer lugar, se plantea la atribución de valor creado a partir de la generación de datos comercializables, los cuales tampoco estarían sujetos a tributación. En cuarto lugar, poder identificar los ingresos que proceden de nuevos modelos de negocios en el ámbito digital y que las legislaciones no los identifican a efecto de tributación. En quinto lugar, poder lograr la aplicación de normas relativas a la fuente y poder lograr la recaudación del IVA o algún impuesto indirecto con características similares.

Se plantea que la preocupación de la OCDE y de los países desarrollados se centra en «que los negocios se estructuren de una manera tal que los enriquecimientos que se someterán a gravamen se separen artificialmente de las actividades que supuestamente lo generan, disminuyendo –o erosionando- la base de imposición y respecto a los tributos indirectos, que producto de la multilocalización de las empresas multinacionales, los impuestos tipo valor agregado no se generen»¹⁰.

Como bien ha señalado GARCÍA NOVOA¹¹, en esta acción número 1 del Plan BEPS, que cuenta también con su informe de desarrollo, se hace referencia al «tratamiento de los intangibles». De esta forma, «BEPS expone una de las grandes evidencias del mundo actual a la hora de gravar los productos de la economía digital; la

Latinoamericanas de Derecho Tributario, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015, pg. 279.

⁹ Al respecto, se plantea KORODY TAGLIAFERRO: «¿Por qué la economía digital es el primer objetivo del movimiento anti BEPS, quizás la respuesta no sea el capricho, ni se encuentre claramente en los reportes BEPS. Es necesario leer entre líneas y entender que la crisis financiera mundial del 2007-2008, trajo secuelas importantes en el patrimonio fiscal de los Estados, tanto por la caída en la recaudación por la recesión económica, como por las medidas fiscales que tuvieron que tomar los Estados para reimpulsar sus mercados.

Estados Unidos, la India y el Reino Unido, entre otros, comenzaron una serie de fiscalizaciones, que se pudieran calificar como agresivas y emblemáticas a grandes empresas multinacionales, la mayoría de ellas provenientes del “nuevo mundo del comercio digital». Vid. KORODY TAGLIAFERRO, J.E.: «La tributación del comercio electrónico frente a los nuevos estándares de la fiscalidad internacional», en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015, pg. 329.

¹⁰ Vid. KORODY TAGLIAFERRO, J.E.: «La tributación del comercio electrónico...», *ob. cit.*, pg. 332.

¹¹ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: «La influencia de las BEPS en el poder tributario internacional», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015, pg. 491.

digitalización y el uso de Internet provocan una *desterritorialización* de la actividad económica, afectando al ámbito espacial de la norma tributaria. Quién vende productos digitales, o presta servicios de este tipo, puede operar en cualquier mercado sin presencia física, lo que le permite evitar la incidencia de la normativa doméstica, sobre todo la de carácter fiscal basada en el criterio del territorio».

En el reporte complementario de la acción número 1 del Plan BEPS, además de describirse con profundidad los problemas que se plantean a nivel de tributación en este tipo de sociedades, también se mencionan, algunas soluciones. Así, se afirma que «la creación de un nexo en el marco de las actividades digitales basado en una “presencia digital significativa”, que reemplaza la concepción de un establecimiento permanente como un lugar fijo de negocios en el que se desarrolla parcial o totalmente la actividad empresarial. En este sentido, la «OCDE señala que dicha presencia digital debe cumplir con ciertos requisitos mínimos que permitan comprobar que efectivamente existe un establecimiento permanente, los cuales dependerán de cada legislación interna; la OCDE solo propone un conjunto de requisitos que podrían incluirse. En ese marco, la OCDE señala incluso que podría reemplazarse el concepto de establecimiento permanente por un test de «presencia significativa» que obviamente incluiría el supuesto de presencia digital significativa»¹².

Por otro lado, otra solución que plantea la OCDE es la «aplicación de una retención del impuesto por parte de los residentes a sus proveedores de bienes y servicios digitales no residentes». Así, los contribuyentes residentes presentarían una declaración jurada con el objetivo de asegurar que las retenciones fueron aplicadas sobre una renta neta».

En este mismo sentido, también se plantea la creación de un «bit tax», es decir, un impuesto por el uso de sitios web, según el número de bytes utilizados. Se trataría de un impuesto que se aplica únicamente si el negocio que utiliza el sitio web excede un límite de uso de banda ancha¹³.

Como podemos observar, la acción número 1 del Plan BEPS como tal ha planteado una serie de problemas que hay que abordar para reformular el marco regulatorio de la fiscalidad a nivel internacional aplicable a las sociedades digitales. Pero, resulta necesario indicar que no todos los países van caminando en la misma dirección, tal como lo abordaremos seguidamente.

¹² Vid. FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.: «Relatoría nacional Perú: Medidas nacionales..., *ob. cit.*, pg. 282.

¹³ Vid. FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.: «Relatoría nacional Perú: Medidas nacionales..., *ob. cit.*, pgs. 282, 283.

c) Una mirada hacia algunos países de América Latina

Recientemente, en el marco de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) y la Academia Mexicana de Derecho Fiscal (AMDF), se ha analizado la posible incidencia que podría tener la Acción 1 del Plan BEPS en algunas de las jurisdicciones en América Latina.

Al respecto, en Argentina, BILLARDI «advierte que la pretensión por sujetar a imposición las rentas que se transfieren a beneficiarios del exterior, se refleja concretamente en el sector de los servicios digitales y el comercio electrónico.

Agrega que uno de los temas actualmente controvertidos se refiere al uso remoto de bases internacionales de datos como un “sistema informático”, capaz de generar rentas de fuente argentina. Señala en relación a la exportación de servicios tecnológicos prestados en el país, el control debería concentrarse en la erosión provocada por los servicios que, aun siendo prestados desde Argentina, son facturados formalmente en el exterior por razones de naturaleza fiscal o cambiaria.

En lo que se refiere a los servicios, aun cuando el régimen de exportación e importación de servicios no se prevé una modificación normativa de sustancia, existen situaciones carentes de regulación, como lo es la del no residente que realiza un servicio aislado dentro de la República, ya que al no preverse un mecanismo sustituto de impuesto o de retención, el sujeto no residente se encuentra obligado a inscribirse como contribuyente a los efectos de poder emitir la factura respectiva e ingresar los impuestos generados»¹⁴.

En relación a Bolivia, SANJINÉS MÉNDEZ plantea que «es evidente que la economía digital y el comercio electrónico en general, merecen un análisis y acciones en caso de que se menoscabe la base imponible por este tipo de operaciones, en nuestra legislación no existe un importante movimiento por este tipo de operaciones por lo que no se podría decir que se utilizan estos mecanismos para erosionar la base imponible. Lamentablemente nuestro país lejos de estas realidades encuentra diversos paradigmas en la imposición al encontrar por ejemplo una escasa –por no decir nula- reglamentación por ejemplo en el caso de la imposición del IVA en la exportación de servicios, con lo cual alcanzar la reglamentación idónea en las reglas propuestas por la Acción N° 1, se ve claramente rezagadas en el contexto internacional»¹⁵.

¹⁴ Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M.: «Tema 1. Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, pg. 21.

¹⁵ Vid. SANJINÉS MÉNDEZ, A.: «Tema 1: Relatoría nacional por Bolivia: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015, pg. 70.

En otro sentido, en una jurisdicción que resulta de interés mencionar, nos encontramos con el caso colombiano. Al respecto, RUÍZ comenta que ese país «posee un sistema tributario muy fundamentado en principios económicos asociados a la presencia física de los extranjeros en Colombia. Sin embargo, agrega que el principio destino discutido en esta acción existe en las reglas de fuente, tanto para tributación directa como indirecta, pero no podría concluirse de manera alguna que por la existencia de esas normas, Colombia tenga un conjunto ordenado. En todo caso, agrega que más allá de lo existente, el gobierno ve con buenos ojos las recomendaciones del Proyecto BEPS en este tema»¹⁶.

Por otra parte, en Chile, SILVA POBLETE, plantea que «se incluyó en el artículo 60 ter del Código Tributario chileno la facultad para la Administración Tributaria de exigir a determinados contribuyentes el empleo de sistemas tecnológicos de información, que permitan hacer más eficaz la fiscalización, facultando asimismo a dicha administración para examinar la información contable y tributaria de los contribuyentes, accediendo a los sistemas tecnológicos que sirvan de soporte a dicha información».

En Ecuador, «la administración fiscal no ha implementado todavía medida alguna como parte de las acciones BEPS recomendadas, pero ha ejercido el control con la normativa vigente»¹⁷.

Pues bien, en el caso venezolano, podemos decir que el Plan BEPS tiene un grado de incidencia simbólico¹⁸. A pesar de los problemas que se presentan en el ámbito del comercio electrónico y todo lo relacionado con la economía digital, consideramos que al no tratarse de un Estado que forme parte de la OCDE, resulta francamente difícil que se pueda adecuar la legislación venezolana a algún planteamiento emanado de este organismo, principalmente por argumentos relacionados a la soberanía y los conflictos de poderes que se presentan en la actualidad. Por esta razón, debemos hacer un análisis en relación a la naturaleza jurídica del Plan «BEPS» dentro de las fuentes del Derecho que existen en el ordenamiento jurídico venezolano. Este plan no tiene fuerza vinculante dentro de este ordenamiento. Nos parece muy difícil que desde el punto de vista

¹⁶ Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M.: «Tema 1. Medidas nacionales...», *ob. cit.*, pg. 21.

¹⁷ Vid. ROBALINO ROSERO, P.: «Relatoría nacional Ecuador: Tema 1: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015, pg. 159.

¹⁸ Vid. ABACHE CARVAJAL, S.: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015, pg. 387. También, hemos comentado en otra oportunidad, que las posibilidades de incorporación del Plan «BEPS» en el ordenamiento jurídico venezolano son bajas, al tratarse de normas que carecen de fuerza vinculante y dado que se podría entender que no se discuten en el seno de la Asamblea Nacional venezolana, como cuerpo legislador». Vid. ATENCIO VALLADARES, G.: «El plan «BEPS» y su posibilidad de incorporación en el ordenamiento jurídico venezolano», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015, pg. 670.

pragmático se logre una implementación de este plan dentro de este ordenamiento, en virtud de la política internacional que se desarrolla en este país¹⁹.

Hay una discusión muy importante sobre la naturaleza jurídica de los informes de la OCDE. Así, esta discusión se centra en poder determinar si efectivamente los informes y directrices de la OCDE son fuentes vinculantes del Derecho. Por ello, estos informes denominados *soft law*, según nuestro criterio, no poseen fuerza vinculante en el ordenamiento venezolano y con lo cual, no obligan al Estado en su cumplimiento. Nos inclinamos por el criterio de entender que con la terminología *soft law* se alude a un Derecho (*Law*) no vinculante (*Soft*)²⁰.

¹⁹ De esta forma, se señala que «El proceso de desarrollo del Plan tanto en la fase de concreción de los objetivos como de ejecución pretende caracterizarse por la «inclusión» de afectados y la transparencia. Esto es, se pretende garantizar la «universalidad» involucrando a los principales actores fuera de la OCDE y, singularmente, a los países del G-20 no miembros OCDE o a los países en vías de desarrollo con la participación de la ONU en el Plan, así como de concretos países en los foros de la OCDE (quizás tomando como ejemplo el Global Forum y su amplísima composición y representación de países, actualmente 122)». Vid. MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones («BEPS»): ¿El final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal* 1-2, Enero, Aranzadi, 2014, pgs. 89-90. Sin embargo, sobre esta experiencia del *Global Forum* de la OCDE, Venezuela no forma parte. Vid. <http://www.oecd.org/tax/transparency/membersoftheglobalforum.htm>. Por ello, en el discurso de Ángel Gurriá, secretario general de la OCDE, en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, el 1 y 2 de septiembre de 2009, en México, D.F., afirmaba que «en América Latina también hemos observado un progreso considerable con Chile, Costa Rica, Guatemala y Uruguay, todos tomando acciones que harán posible implementar los estándares. Sin embargo, en algunos países de la región el progreso ha sido demasiado lento». Vid. <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/foroglobalsobretransparenciaeintercambiodeinformacionpalabrasdeangelgurria.htm>. Por otra parte, SERRANO ANTÓN plantea que en «el caso BEPS se pretende un proceso inclusivo bajo el liderazgo de la OCDE/G20 y la participación de los países en desarrollo. Es decir, el Plan de Acción si se quiere que sea operativo requiere un proceso global que incluya todas las partes interesadas de cierta importancia. Para ello, y con el fin de facilitar una mayor participación de las principales economías no miembros de la OCDE, se ha invitado a los países del G20 interesados que no sean miembros de la OCDE a formar parte del proyecto como Asociados, es decir, en pie de igualdad con los miembros de la OCDE (incluso a nivel de los órganos auxiliares que participan en los trabajos de BEPS). Los países en desarrollo también se enfrentan a problemas relacionados con BEPS, aunque los problemas pueden manifestarse de manera diferente dada la especificidad de sus marcos legales y administrativos. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) participa también en el trabajo tributario de la OCDE». Vid. SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (obra colectiva dirigida por Luis Alberto Malvárez Pascual y Salvador Ramírez Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, pg. 507. Sin embargo, según nuestro criterio, estas medidas no son suficientes y la imposición de este plan a países como Venezuela, será de difícil implementación. Por ello, más adelante se afirma en relación al *soft law* que «debe insistirse en la idea del déficit democrático que se pone de manifiesto en el seno de las organizaciones en las que se aprueban estas disposiciones. La composición gubernamental-administrativa, por técnicos o representantes de distintos países y, a veces de los sectores económicos implicados, hace que no haya ocasión de plantear un debate en los órganos depositarios de la soberanía nacional sobre las distintas alternativas y soluciones y, por tanto, estas *pseudonormas* no gozan de la legitimidad democrática, de las posibilidades de debate, de la publicidad y transparencia que ostentan las fuentes normativas clásicas». Vid. SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles...», *ob. cit.*, pg. 510.

²⁰ Vid. NOCETE CORREA, F.: «El diverso alcance del softlaw como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria* núm. 1/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011, pg. 52; SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles...», *ob. cit.*, pg. 504. SERRANO ANTÓN plantea que «los principales problemas que suscita el uso de este tipo de «*pseudo normas*» derivan de la forma en que son producidas y de los medios con los que se han dotado de coercibilidad, al ser aprobadas por un centro de producción normativo externo. Además, la falta de sanción por incumplimiento puede revelar su ausencia de fuerza vinculante, lo cual no compartimos, al menos en relación a todos los instrumentos de *soft law*, dado que la falta de cumplimiento puede conllevar

También, nos parece oportuno mencionar la importancia que tiene el Plan BEPS y, especialmente, todo aquello relacionado con la acción número 1 sobre la economía digital en Brasil. Al respecto, se ha planteado que la «instauración del grupo de estructuración del Plan BEPS tuvo impacto relevante en el sistema jurídico brasileño, que tanto bajo la óptica de la Administración Fiscal, cuanto de los contribuyentes, han llevado a intensos estudios acerca de las medidas y de los impactos de la implantación del Plan BEPS en el país».

Pues bien, en Brasil, ha tenido cierta acogida el Plan BEPS y también en lo referente a las sociedades digitales. Así, ALKMIM TEIXEIRA²¹ ha señalado que «el sistema jurídico brasileño está empeñado en contribuir para que el Plan BEPS surta efectos en corto plazo y atento a soluciones que vengan a ser propuestas por la OCDE en el sentido de combatir la erosión de la base de tributación y el desplazamiento de beneficios como forma de reducción de carga de tributación de las empresas multinacionales».

Agrega que dicha normativa incluye a los contribuyentes que realizan “comercio digital de todo tipo”, ello con clara referencia a la iniciativa BEPS²².

Por tanto, podemos observar que hay países en América Latina que han seguido el camino que marca el Plan BEPS. Otros países podríamos afirmar que acogen en grado medio el Plan BEPS y otros en donde simplemente, tiene una incidencia simbólica o nula.

d) El Plan BEPS y la ausencia de los derechos de los contribuyentes

Uno de los aspectos más criticados del Plan BEPS es la omisión dentro del mismo de los derechos y garantías de los contribuyentes.

Al respecto, tal como señala ALVARADO ESQUIVEL²³, «el Plan BEPS no contiene una referencia, ni expresa ni amplia, a la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes como garantía lograda en muchos sistemas nacionales».

En este sentido, denotamos una intención clara recaudatoria con el Plan, olvidando precisamente el otro lado de la relación jurídico tributaria, como son los sujetos pasivos. Toda la intención del plan se dirige a una especie de contribuyentes defraudadores que hay que perseguir. Incluso, se ha llegado a sostener que el Plan

una suerte de contramedidas políticas y económicas». Vid. SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles...», *ob. cit.*, pg. 508.

²¹ Vid. ALKMIM TEIXEIRA, A.: «Relatoría nacional Brasil: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015, pg. 100.

²² Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M.: Tema 1: Medidas nacionales..., *ob. cit.*, pg. 21.

²³ Vid. ALVARADO ESQUIVEL, M.J.: Directivas del Tema 1: *Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria. ¿Influencia de BEPS en Latinoamérica?*, XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, México, DF, 2015, pg. 9.

«BEPS» tiene un enfoque militarista²⁴. Una cuestión que bajo nuestra óptica no guarda el debido equilibrio en la relación jurídico tributaria. Como bien afirma GARCÍA NOVOA²⁵ «en cualquier replanteamiento de la fiscalidad internacional los derechos y garantías del contribuyente deben adquirir un protagonismo del que hoy carecen. Es necesario configurar una verdadera Carta de Derechos del Contribuyente a nivel internacional, que fije los derechos de notificación, audiencia y recurso como garantías mínimas en estos procedimientos internacionales».

Solamente podemos mencionar la Acción 11 del Plan²⁶ en donde se alude únicamente a la confidencialidad del contribuyente, pero no se menciona ninguno de los otros derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución venezolana, por lo que el tema de los derechos es tratado de manera marginal.

Otro punto que no podemos dejar de mencionar –aunque sea de forma incidental- por la relevancia internacional que está teniendo en los actuales momentos, está relacionado a los denominados «*panama papers*», los cuales tendrán una repercusión muy grande en todos los sectores, pero también en las sociedades digitales²⁷.

Al respecto, antes de que ocurriera toda esta situación, en la Acción número 14 del Plan BEPS se establece lo siguiente:

«Analizar las cuestiones de derecho internacional público y tributario en relación con el desarrollo de un instrumento multilateral que permita que las

²⁴ Vid. SCHOUERI, L.E. y BARBOSA, M.C.: «Transparency: From tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system», *British tax review* núm. 5/2013, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, Oxford, 2013, pg. 681.

²⁵ Vid. GARCÍA NOVOA, C.: *El Derecho Tributario actual...*, ob. cit.

²⁶ Así, se establece lo siguiente: «Desarrollar recomendaciones relativas a indicadores de la magnitud e impacto económico de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y garantizar que se dispone de herramientas para supervisar y evaluar la eficacia y el impacto económico de las medidas adoptadas para enfrentarse a BEPS de forma permanente. Ello implicará el desarrollo de análisis económicos de la magnitud e impacto de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (incluidos los efectos inducidos entre países) y las medidas para hacerle frente. El trabajo implicará también la evaluación de una serie de fuentes de datos existentes, la identificación de los nuevos tipos de datos que se deban recopilar y el desarrollo de metodologías basadas tanto en datos agregados (por ejemplo, IED y balanza de pagos) como en datos a nivel micro (por ejemplo, de los estados financieros y de las declaraciones fiscales), teniendo en cuenta la necesidad de respetar la confidencialidad del contribuyente y los costes administrativos para las administraciones tributarias y para las empresas». Vid. Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios». Vid. *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OECD Publishing, París, 2013

²⁷ Al respecto, en todos los medios de comunicación sociales a la fecha, se habla de este tema y muy especialmente, citamos una noticia relacionada a las sociedades digitales: «La Comisión ha puesto en marcha una directiva que obligará a las grandes multinacionales a publicar cuántos impuestos pagan en la Unión Europea, en los paraísos fiscales y en el resto del mundo.

Esta directiva afectará a las grandes compañías tecnológicas como Google, Amazon, Facebook o Apple, conocidas por su ingeniería fiscal para pagar menos impuestos. En concreto, los impuestos que estas compañías declaran en los países europeos en los que operan son muy inferiores a su negocio real, que se factura desde países como Irlanda o Luxemburgo, donde se benefician de una fiscalidad más favorable». Vid. JUSTE, M.: *Amazon, Facebook, Apple y Google tendrán que desvelar sus cuentas en paraísos fiscales*, Expansión, 12 de abril de 2016. Aunque no estamos de acuerdo con estas afirmaciones, podemos observar el carácter mediático que está teniendo en la actualidad este tema y las repercusiones que seguramente generará en los próximos meses.

jurisdicciones que lo deseen implementen las medidas que se desarrollen en el curso de los trabajos de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y así enmienden los convenios fiscales bilaterales. Sobre la base de este análisis, las partes interesadas desarrollarán un instrumento multilateral diseñado para ofrecer un enfoque innovador a la fiscalidad internacional que reflejen la naturaleza rápidamente evolutiva de la economía global y la necesidad de adaptarse rápidamente a esta evolución».

Actualmente, se han encendido las alarmas en relación a este tema y, especialmente, con el reforzamiento de los mecanismos para hacer efectivos los intercambios de información entre las Administraciones Tributarias de los países. También, la Comisión Europea quiere establecer una lista única, uniforme y común de jurisdicciones no cooperantes o paraísos fiscales, a raíz de todo este escándalo mundial.

Lo cierto es y sin entrar en consideraciones de otra índole, analizando el tema de los «panama papers», no debemos olvidar los derechos fundamentales que le asisten también a las personas físicas y jurídicas que aparecen en las listas. No se puede obviar por ejemplo, el debido proceso, derecho a la defensa, derecho a la prueba, privacidad, intimidad, honor, reputación, entre otros. Habrá que esperar una investigación seria y que sean juzgados por los jueces naturales, para saber hasta qué punto hay responsabilidad o no por las divulgaciones de datos de estas sociedades. No podemos olvidar que en materia de derechos humanos y fundamentales ha existido una evolución importante en el ámbito tributario, hasta tal punto que se han llegado a positivizar en los textos constitucionales de los países, generando lo que se ha llamado «la constitucionalización» de los derechos de los contribuyentes. No nos referimos a si realmente han evadido tributos o no, pero sí que hay que realizar una investigación seria antes de emitir cualquier juicio de valor.

Por tanto, en líneas generales, podemos afirmar que una de las principales críticas que presenta el Plan BEPS, se encuentra representada por la ausencia de los derechos y garantías de los contribuyentes. Ante todo, en el contenido del Plan BEPS hay una presunción de atacar a evasores y defraudadores. Se trata de un aspecto que debe ser mejorado de cara a lograr una recaudación equilibrada, justa y, especialmente, con un respeto a los derechos y garantías de los contribuyentes.

3. Conclusiones

- i. El Plan BEPS es un conjunto de acciones emanadas de la OCDE para evitar la erosión de las bases imponibles y tributación de beneficios por parte de las empresas que operan en diferentes jurisdicciones.
- ii. El Plan BEPS ha venido a revolucionar todo el marco regulatorio a nivel de la fiscalidad internacional y en donde se pretenden establecer reglas uniformes para evitar prácticas evasivas y elusivas por parte de las sociedades con presencia en varios países.
- iii. El Plan BEPS contiene un conjunto de quince acciones con unos plazos de cumplimiento específicos. En el caso de las sociedades digitales,

- enmarcadas dentro de la terminología del plan, en la economía digital, se encuentran los aspectos para mejorar en este tipo de sociedades, en la acción número 1.
- iv. La principal incidencia en las sociedades digitales que se derivarían del Plan BEPS a nivel fiscal, se encuentra en: (i) la capacidad de una empresa de tener presencia digital en otro país, pero que no se encuentra sujeta a imposición; (ii) la atribución de valor creados por la generación de datos comerciales de ubicación por el uso de productos y servicios digitales; (iii) la caracterización de los ingresos procedentes de nuevos modelos comerciales; (iv) la aplicación de normas relativas a la fuente y el modo de asegurar la recaudación efectiva del IVA u otros impuestos indirectos.
 - v. Este plan ha tenido acogida en algunos países de América Latina, en otros ha tenido un grado de incidencia media y en otros un grado simbólico.
 - vi. El plan BEPS se centra sólo en un afán recaudatorio por parte de las Administraciones tributarias contra las empresas multinacionales y una de las principales críticas que ha generado es precisamente la ausencia de garantizar los derechos de los contribuyentes.

4. Referencias

- ABACHE CARVAJAL, S.: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF.
- ALKMIM TEIXEIRA, A.: «Relatoría nacional Brasil: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015.
- ALVARADO ESQUIVEL, M.: «Tema 1. Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015.
- ALVARADO ESQUIVEL, M.J.: «Directivas del Tema 1: *Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria. ¿Influencia de BEPS en Latinoamérica?*», *XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, México, DF, 2015.
- ATENCIO VALLADARES, G.: «El plan «BEPS» y su posibilidad de incorporación en el ordenamiento jurídico venezolano», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015.

- BAKER, P.: «Is there a cure for BEPS?», *British tax review* núm. 5/2013, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, Oxford, 2013.
- ¿Cómo abordar los desafíos fiscales de la Economía Digital?, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE Publishing, 2014.
- FERNÁNDEZ CARTAGENA, J.: «Relatoría nacional Perú: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015.
- GARCÍA NOVOA, C.: *El Derecho Tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT), Bogotá, 2015.
- GARCÍA NOVOA, C.: «La influencia de las BEPS en el poder tributario internacional», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, DF, 2015.
- JUSTE, M.: *Amazon, Facebook, Apple y Google tendrán que desvelar sus cuentas en paraísos fiscales*, Expansión, 12 de abril de 2016.
- KORODY TAGLIAFERRO, J.E.: «La tributación del comercio electrónico frente a los nuevos estándares de la fiscalidad internacional», en *XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2015.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: «El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿El final, el principio del final o el final del principio?», *Quincena Fiscal* 1-2, Enero, Aranzadi, 2014.
- MONTERO SIMÓ, M.: «El plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE. ¿Un cambio de paradigma», en <https://blogmastercaf.wordpress.com/2014/02/21/el-plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-de-la-ocde-un-cambio-de-paradigma/>, España, 2015.
- NOCETE CORREA, F.: «El diverso alcance del softlaw como instrumento interpretativo en la fiscalidad internacional y europea», *Crónica Tributaria* núm. 1/2011, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2011.
- ROBALINO ROSERO, P.: «Relatoría nacional Ecuador: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015.

- SANJINÉS MÉNDEZ, A.: «Relatoría nacional Bolivia: Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria, ¿influencia de BEPS en Latinoamérica?», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, 2015.
- SERRANO ANTÓN, F.: «El programa BEPS: la OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional», en *Fiscalidad en tiempos de crisis*, (obra colectiva dirigida por Luis Alberto Malvárez Pascual y Salvador Ramírez Gómez, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014.
- SCHOUERI, L.E. y BARBOSA, M.C.: «Transparency: From tax secrecy to the simplicity and reliability of the tax system», *British tax review* núm. 5/2013, Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, Oxford, 2013.
- Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OECD Publishing, París, 2013

O VETOR DA INFORMAÇÃO NO CONTRATO ELETRÔNICO DE CONSUMO E O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

João Pedro Leite Barros¹

Universidade de Lisboa.

Sumário: 1. Introdução; 2. O dever de informação; a) Breve introito; b) O dever de informação no ordenamento português; c) Deveres pré-contratuais de informação; d) O dever pré - contratual de informação no Decreto-Lei 7/2004; e) O dever pré-contratual de informação no Decreto-Lei 24/2014; f) O excesso do dever de informação pré-contratual e subsunção ao abuso do direito; 3. Conclusão; Referências

1. Introdução

O vetor da informação² nunca se fez tão presente na modernidade, em especial nos contratos de adesão. Seja para proteger o consumidor, seja para resguardar direitos do fornecedor, não se pode olvidar a sua função social: instrumento vetor capaz de satisfazer os anseios das partes.

Aliás, o veloz acesso à informação proporcionado pela internet elevou-a a um protagonismo até então desconhecido: além de bem de consumo, hoje é tida como fator de produção³.

Calcado nessa premissa, esse artigo retratará sinteticamente os avanços e dificuldades dos efeitos do dever pré-contratual de informação, princípio transversal à normatividade consumerista portuguesa, averiguando quais zonas em que tal dever nos pareça insuficiente ou excessivo

Com essas premissas bem-postas, o estudo aprofundará sobre dogmática do dever de informação, especialmente na sua fase pré-contratual e como tem sido seu tratamento doutrinário e jurisprudencial em cada dispositivo normativo, pontuando as falhas e os avanços de cada uma.

¹ Doutorando e Mestrando em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Público – IDP - Brasília. É Especialista em Ciências Jurídicas (Direito Civil) pela Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Lisboa. É Especialista em Direito de Arbitragem pela Universidade de Lisboa.

² Como mostra Ignacio Ramonet, nos últimos trinta anos, mais informação foi produzida no mundo que durante os cinco mil anos anteriores, e “uma única cópia da edição de domingo do New York Times contém mais informação do que uma pessoa bem-educada do século XVIII consumiria em toda a sua vida”. RAMONETE, Ignacio. **La tyrannie de la communication**, Paris, Galilée, 1999, p.184.

³ Confira ideia presente em: VICENTE, Dário Moura. **Problemática internacional da sociedade de informação**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13 e ss.

Por um lado, ao adotar diretivas específicas (Regime das Cláusulas Gerais, Lei de Defesa do Consumidor, Decreto-Lei 7/2004, Decreto-Lei 24/2014) o legislador europeu⁴ sensibilizou-se com a natureza *sui generis* do contrato de adesão eletrónico e com diminuta proteção normativa do consumidor, por outro, não conseguiu contemplar o espectro mais importante desse vetor: informação justa e transparente.

Com efeito, se a ausência de regulamentação prejudica o consumidor, por outro, a hiper-regulação⁵ dela acaba por embaraça-lo, em especial no comércio eletrónico.

Finalmente, chegar-se-á a conclusão de que o excesso de informação, pode ser entendido também como uma espécie de abuso de dever por parte do fornecedor, acarretando, por conseguinte, em desinformação para o consumidor.

2. O dever de informação

a) Breve introito

Dever jurídico⁶ é a imposição do sistema de normas a uma determinada conduta do indivíduo, na medida em que arbitra uma sanção ao comportamento contrário. Por seu turno, o direito subjetivo à informação surge como consequência da obrigação legal que tem o fornecedor de informar ao consumidor, resguardado a qualquer tempo o seu exercício.

Sob essas premissas, dever de informação é conceituado⁷ simplifadamente como transmissão de fatos de forma objetiva, quer verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer relação.

Hoje é majoritário o entendimento de que existe um ônus de auto-informação⁸ por parte do contratante. Isto é, em sede de negociações preliminares não há o dever de informar à outra parte sempre que a mesma consiga obter as informações por si, numa

⁴ Desde o DL 272/87 de 03 de julho, que protegia o consumidor em matéria de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, acolhendo as balizas da Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de dezembro.

⁵ Sobre o tema, o Professor Dário Moura Vicente já explicava que o risco de uma hiper-regulação da Internet, por via da aplicação à actividade através dela desenvolvida, por tribunais de diferentes países, de uma multiplicidade de leis com os conteúdos mais diversos, seria susceptível de coarctar aquela liberdade, restringindo o fluxo da informação através das fronteiras e o acesso do público a esta. Confira: VICENTE, Dário Moura. *Direito do Autor e Comércio Electrónico: aspectos internacionais*. Disponível em: <<http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldl/article/view/459/433>>. Acesso em 11 de junho de 2017.p. 25.

⁶ Vide LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 102 e ss.

⁷ Confira MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989. p.14 e ss.

⁸ SILVA, Eva Sonia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 121 e ss. Confira também LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. v. 1. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 323. Vide seguinte julgado: PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão do processo n.º 2360/2008-6**. Relatora: Fátima Galante. Lisboa, 24 de abril de 2008.

perspectiva de grau médio de diligências. Em suma: a parte não tem a obrigação de se informar, entretanto, se não o fizer por desleixo, não poderá aproveitar-se da situação e invocar posteriormente deveres pré-contratuais.

Se se adotar o entendimento da professora Elsa Dias de Oliveira⁹, chegar-se-ia à mesma conclusão, uma vez que tendo o fornecedor feito esforços sérios no sentido de informar o consumidor, se este não fizer a mínima diligência no sentido de se informar, o fornecedor nada mais poderia fazer nem também deveria ser responsabilizado por tal ignorância do consumidor.

Tal mecanismo funcionaria como uma espécie de contrapeso da obrigação de informar a cargo do profissional. Explica a professora¹⁰ que apesar do dever de informação legalmente previsto, o consumidor tem o ônus de agir de modo a conhecer as informações que lhe estão a ser disponibilizadas, não podendo o profissional ser a posteriori responsabilizado pela circunstância de o consumidor não querer ter conhecimento das informações que lhe foram prestadas em conformidade com a legislação vigente.

Vaz Serra¹¹ inspirou a seguinte síntese: o dever de informar surge quando finda o encargo de se informar.

Em que pese o entendimento minoritário inglês¹² no sentido de que não há nenhum dever geral de informar entre as partes, fato é que a proteção pela informação e seus consectários se tornou realidade na última década¹³, em especial na área do consumidor¹⁴.

É tanto que, referida regra geral não é aplicada ao contrato de adesão eletrônico. Isso porque seria excepcionado na situação na qual a exclusão do ônus de auto-informação (aparecimento dos deveres pré-contratuais) é decorrente de uma especial

⁹ OLIVEIRA, 2002, p. 74-75.

¹⁰ OLIVEIRA, 2002, p. 74-75.

¹¹ SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Culpa do devedor ou do agente. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 68, p. 110 e ss, 1957. Confira também o artigo de COSTA, Mariana Fontes da. **O dever pré-contratual de informação**. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf> >. Acesso em 20 de julho de 2017.

¹² Vide MONTEIRO, 1989, p.154.

¹³ Na economia consumista, os produtos surgem, e só então se buscam aplicações para eles. Cfr. BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 351.

¹⁴ A professora Paula Vaz Freire desenvolve a concepção dominante de crescimento econômico ilimitado associado a riscos calculáveis. Confira em: FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Org.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.375-379. Ademais, a conduta acentuada dos fornecedores é facilmente visualizada nos contratos eletrônicos com consumidores, objeto deste estudo, especialmente porque o consumidor, em regra, vincula-se a contratos que são celebrados automaticamente, sem liberdade para alterar as cláusulas ali expostas.

relação de confiança entre as partes, em que a informação em voga seja vetor supremo para decisão de pactuar ou não.

Em suma: a fidúcia pelo consumidor no comércio virtual ultrapassa aquelas extensas informações descritas e que são expostas no momento da contratação, muitas vezes restringindo-se tão somente à reputação do fornecedor, na confiança depositada e na linguagem de fácil compreensão, especialmente por se tratar de comércio eletrônico¹⁵.

b) O dever de informação no ordenamento português

A informação, *per si*, tem um valor democrático¹⁶, uma vez que permite transparência e difusão do poder, sendo simultaneamente a ferramenta eficiente de controle de decisões. O direito à informação foi alçado como direito fundamental pela Constituição Portuguesa de 1976, e dentro da possível normatização¹⁷, o direito à informação é hoje encontrado nos seguintes diplomas¹⁸: Cláusulas Contratuais Gerais, Lei 24/96, Código Civil e no comércio eletrônico, nos DL 7/2004 e DL 24/2014.

No que concerne à lei 24/96, os artigos 7º e 8º esmiúçam as características de informação para o consumo. O artigo 7º, ao dispor sobre o direito à informação geral, traduz todas as diretrizes gerais sobre o tema, a língua a ser adotada, as atribuições dos órgãos fiscalizadores e até mesmo as ações proativas necessárias para a tutela do consumidor.

Por sua vez, o artigo 8º de tal norma, ao discorrer sobre o direito à informação em particular¹⁹, dispôs minuciosamente todos os requisitos que compõem uma informação clara, precisa e suficiente, quer seja a identidade do fornecedor do serviço ou até mesmo as modalidades de pagamento.

A despeito das cláusulas gerais, os artigos 5º e 6º preveem o dever de informar²⁰ tendo em vista as circunstâncias e um dever de prestar os esclarecimentos razoáveis uma

¹⁵ Sobre o tema, confira CRAVETTO, Chiara; PASA, Barbara. The 'Non-sense' of Pre-Contractual Information Duties in Case of Non-Concluded contracts. In: **European Review of Private Law**, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, p. 759-785, 2011.

¹⁶ Vide conceito bem explicitado por PACE, Alessandro. Informazione: valori e situazioni soggettive. In: **Diritto e società**, Milão, fascicolo 4, p. 735-771, 2014. p. 735 e ss.

¹⁷ Cumpre salientar que os deveres pré-contratuais de informação foram dispostos pelo Código Civil, em seu artigo 227.

¹⁸ O direito dos cidadãos à informação já se encontrava de forma difusa nas Declarações Universais e das Cartas de Direitos Fundamentais do Homem e do Cidadão. Vide LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor**: proteção da confiança e práticas comerciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.595-614.

¹⁹ A Professora Eva Sónia Moreira da Silva entende que a enumeração feita nesse artigo é meramente exemplificativa. Confira: SILVA, Eva Sonia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

²⁰ Esses preceitos refletem a aplicação do artigo 573 do Código Civil português, *verbis*: art. 573 (Obrigação de informação) - A obrigação de informação existe, sempre que o titular de um direito tenha

vez solicitados²¹. O primeiro, respeita a todos os elementos negociais relevantes quer para decisão do consumidor em contratar, quer ainda para satisfazer os interesses de ambas as partes em um possível contrato vindouro. O segundo expressa-se quando cada uma das partes tem de dar a conhecer à outra, especificadamente, cada uma das cláusulas que pretende ver incluídas no contrato, explicando, por exemplo, o sentido que elas comportam, a fim de evitar disposições negociais obscuras ou controvertidas²².

A simbiose²³ entre o dever de comunicação e informação resulta no propósito de que a parte adquirente possa e deva ter conhecimento efetivo do contrato, pois mesmo que não utilize ou solicite esclarecimentos, o dever de informação será sempre exigível do proponente.

Nesse mesmo contexto protetivo consumerista, o DL 7/2004 que versa sobre comunicações eletrônicas, em especial a Lei 46/2012, reflete a preocupação com a utilização das informações fornecidas pelo consumidor e muitas vezes empregadas de forma arbitrária e sem a anuência do mesmo.

No que concerne ao DL 24/2014, o iminente diploma trouxe novidades²⁴ sobre a matéria, principalmente no tocante à informação pré-contratual adequada²⁵. Isso porque, no que tange ao comércio eletrônico, as peculiaridades contratuais aparecem sobretudo por se tratar de um comércio em que a desigualdade fática (formal e substancial) entre os contraentes pode ser interpretada como estratégia desleal para ludibriar o consumidor.

Como se percebe na área do consumo²⁶, o dever de informação é unilateral e promovido pelo fornecedor. A finalidade de todos os dispositivos visualizados é a proteção da tutela da parte mais fraca (tecnicamente hipossuficiente) e mais vulnerável: o consumidor.

dúvida fundada acerca da sua existência ou do seu conteúdo e outrem esteja em condições de prestar as informações necessárias.

²¹ Confira artigos 5º, 6º do DL 446/85. Sobre a perspectiva da informação como sendo um fato social, vide: MONTEIRO, 1989, p. 18 e ss.

²² Confira artigo 236, n.1, CC português.

²³ Confira ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Contratos I: Conceito, Fontes, Formação. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.167-168. Confira também: SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 59-64. Vide seguinte julgado: PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1**. Relator: Helder Roque. Lisboa, 02 de junho de 2015.

²⁴ O DL 24/2014 trouxe novidades sobre o tema. Em suma, impôs aos comerciantes a alteração de alguns procedimentos, seja na prestação de informação pré-contratual, no modo de celebração de contratos à distância bem como no exercício do chamado direito de arrependimento.

²⁵ Já aduzia Ascensão que a fase que precede a formação de um contrato não é um vazio jurídico. Mesmo fora do que representa propriamente o processo formativo do contrato – que desemboca no acordo – já há disciplina jurídica. Confira em ASCENSÃO, 1999, p. 366 e 367.

²⁶ APOSTOLIDES, Sara Costa. Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na formação do contrato de trabalho. Coimbra: Almedina, 2008. p.102; Cfr. PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n. 2356/10.8TVLSB.L1.S1. Relator: Silva Salazar. Lisboa, 07 de janeiro de 2014.

Com efeito, sobre o caráter real da informação, a professora Elsa Dias de Oliveira²⁷ explica que a preocupação do legislador não se restringiu a proporcionar ao consumidor informações sobre os elementos cruciais dos bens ou serviços, mas visou garantir que pudesse contratar com conhecimento efetivo do contrato e dos direitos e deveres que lhe coubessem.

Por fim, cumpre ressaltar que antes mesmo de entrar em vigor o Código Civil²⁸ atual, o doutrinador Mota Pinto²⁹ já defendia que o vínculo entre os negociantes se limitava aos deveres de declaração, esse último esmiuçado em deveres de informação e deveres de verdade. No mesmo tom, o professor Menezes Cordeiro³⁰ revela ser crucial que o fornecedor descreva substancialmente toda a realidade relevante ao consumidor, procurando os termos mais adequados para o fazer com fidelidade.

c) Deveres pré-contratuais de informação

De ordem histórica, o dever pré-contratual de informação é consequente da boa-fé, enquanto regra de conduta aplicável às tratativas contratuais, visto que engloba todas as circunstâncias que em concreto possam influenciar a formação do contrato³¹.

Oliveira Ascensão³² aduz que a boa-fé expressa no artigo 227 e 334 do Código Civil português deve ser entendida pelo sistema jurídico português como a boa-fé objetiva³³, ou seja, são atendidos critérios que estabelecem regras de conduta, no plano das relações intersubjetivas.

Na concretização de valores subjacentes à boa-fé, os deveres peculiares de proteção, informação e lealdade ganham especial relevância, seja porque buscam reverberação na tutela da confiança legítima ou até mesmo na materialidade jurídica.

A lealdade, como elemento integrante da boa-fé, impõe ao profissional um comportamento honesto perante às circunstâncias. Ou seja, violaria o princípio da lealdade se, no momento da prestação da informação, o profissional não atender às

²⁷ OLIVEIRA, 2012, p. 75.

²⁸ Confira artigos 485, n.2, e 573 do Código Civil português.

²⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos**. Suplemento XIV. Coimbra: BFDUC, 1966. p.156-157.

³⁰ O professor Menezes Cordeiro pormenoriza as modalidades do dever de informar, desde a distinção sobre a fonte, conteúdo, autoria da determinação. Confira: CORDEIRO, António Menezes. **Direito bancário**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 396/400; CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.610/612.

³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.432.

³² Confira ASCENSÃO, 1999, p. 419-420.

³³ Ou seja: não está em causa um estado do sujeito, o conhecimento ou não de determinado fato ou circunstância, mas algo de exterior, que se impõe à pessoa, pelo que releva neste contexto a boa fé objetiva. Vide COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos**, in EDC, n.º 2, 2000, pp. 357-368, p. 364.

circunstâncias concretas (espectros da debilidade do consumidor no caso em concreto) de que tem conhecimento³⁴.

Logo deve considerar comportamento honesto a prestação de informação pelo profissional, quando este tem especial atenção à debilidade do consumidor no caso concreto, o que deve suceder sempre que tenha conhecimento dessa condição.

Em outra perspectiva, o Professor Mota Pinto³⁵ entende que no âmbito das relações pré-negociais, há um dever de informação (obrigação de fato positiva) e um dever de verdade (obrigação de fato negativa). Ou seja, não existe apenas a obrigação de omitir comportamentos danosos mas também a necessidade de impedir que a outra parte sofra danos em consequência da falta de colaboração que esta podia legitimamente esperar da contraparte.

Aliás, foi com a consagração e consequente “alargar das posições jurídicas”³⁶ que emergiram, de forma reiterada, tais vetores consecutórios da boa-fé. O âmbito da proteção da confiança e conjuntura das situações jurídicas materiais convergem no seguinte sentido: a conexão e derivação com a boa-fé³⁷. Vez violados, caracterizam-se como disfuncionalidade ante o sistema jurídico.

Nesse quadrante, o princípio da confiança, integrante do conteúdo da boa-fé, surgiu como uma espécie de mediador entre a boa-fé e o caso concreto. Menezes Cordeiro³⁸ sintetiza: exige-se que as pessoas sejam abrigadas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a crer na manutenção de um certo estado de coisas. Ou seja, a pessoa que legitimamente tenha confiado em um certo estado de coisas não pode receber o tratamento igual se não o tivesse; seria tratar o diferente de modo igual³⁹.

No ordenamento português⁴⁰, a tutela da confiança está consubstanciada nos problemas da formação do negócio jurídico (vide artigo 230, n.1, CC, que consagra o

³⁴ Veja: CARVALHO, Jorge Morais. **Comércio electrónico e proteção dos consumidores**. In Themis- Revista da Faculdade de Direito da UNL. Vol II.n.13. Coimbra: GC- Gráfica Coimbra, 2006. p. 44.

³⁵ PINTO, Carlos Alberto Mota. **A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos**. BFDUC. Suplemento XIV. p. 156 e 157. Sobre a análise económica da responsabilidade pré-contratual, especialmente no que toca ao dever de informação pré-contratual, confira: PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.p.453 e ss.

³⁶ CORDEIRO, 2015b, p.900.

³⁷ Ligam-se à boa-fé de forma peculiar: o primeiro, atrelado aos temas da aparência e crença; o segundo, por sua vez, o segundo, ao movimento histórico no sentido de superação do formalismo. Vide CORDEIRO, 2015b, p.901. Confira também: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil IX: direito das obrigações**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.543-550.

³⁸ Vide CORDEIRO, 2005. Confira também CORDEIRO, 2015b, p. 1234-1251.

³⁹ A brilhante lição de Rui Barbosa: tratar os iguais de forma igual, desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Vide: BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 26.

⁴⁰ Para mais, confira: VICENTE, Dario Moura. **A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado**. In Revista de Direito Civil. ano I (2016).n. 2. Diretor: António Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2016. P.287.

princípio da irrevogabilidade da proposta do contrato); da interpretação da declaração negocial (vide artigo 236, n.1, CC- doutrina da impressão do destinatário) e da falta de vícios da vontade e da declaração (vide artigo 246 CC).

Outrossim, a vertente da primazia da materialidade subjacente⁴¹ visa garantir a conformidade material dos exercícios jurídicos, exigindo-se a efetividade dos valores pretendidos pelo ordenamento. O formalismo jurídico é sucumbido pela efetiva concretização material das regras e princípios consagrados pelo legislador.

Melhor: é da materialidade subjacente⁴² que decorrem exigências ético-jurídicas que ditam o comportamento dos envolvidos. As negociações devem ter como paradigma⁴³ o consenso contratual e não objetivos secundários e, por vezes atroz, a chicana ou simples infligir de danos à contraparte.

Assim, a *culpa in contrahendo* pode advir⁴⁴ da violação dos deveres de informação e esclarecimento de todos os elementos com relevo direto ou indireto para o conhecimento da temática do contrato. Ou seja, informações erradas quanto à qualidade do bem a prestar, da falta de instruções de funcionamento ou de qualquer outra omissão relevante com respeito à existência de um defeito no cumprimento.

Em suma: o legislador⁴⁵, ao impor aos fornecedores de bens e prestadores de serviços um dever de informar aos consumidores esclarece o verdadeiro desequilíbrio formal⁴⁶ entre os contraentes bem como pontua para a necessidade de tutelar⁴⁷ o consumidor adquirente.

d) O dever pré - contratual de informação no Decreto-Lei 7/2004

O DL 7/2004, que transpõe a Diretiva 2000/31/CE, referente ao comércio eletrónico, dispõe sobre o que os prestadores de serviços devem disponibilizar

⁴¹ Vide CORDEIRO, 2015a. Confira também OLIVEIRA, Madalena Perestrelo. **Conflitos de princípios na repartição da competência material dos tribunais: os casos aut-aut e et-et**. In: O Direito, Coimbra, a. 142, v. 3, p. 593-615, 2010.

⁴² CORDEIRO, 2011a, p. 154 e 155.

⁴³ Vide ensinamentos de CORDEIRO. António Menezes. CORDEIRO, António Menezes. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 359, p. 30 ss., 1987. p. 34

⁴⁴ Vide Portugal. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do 13-05-04**. Revista nº 1324/04-7ª, in "Sumários", Nº 81, pág.19.

⁴⁵ No mesmo sentido, vide alteração ao artigo 8º da LDC, que o reforça e estabelece as bases para a introdução de uma cláusula geral de informação pré-contratual para os contratos de consumo.

⁴⁶ Confira: MARQUES, Garcia; Martins, Lourenço. **Direito da Informática**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.p. 408.

⁴⁷ Vasconcelos aprofunda os deveres tipificados da boa-fé: deveres de proteção, deveres de esclarecimento e deveres de lealdade. Confira: VASCONCELOS, 2015a, p.432 e ss.

permanentemente em linha, em condições que permitam um fácil acesso e direto, um conjunto de elementos completos de identificação⁴⁸ (nome, endereço, inscrição, etc).

Aliás, esses elementos de identificação, dispostos no artigo 10º, n.1, permite-nos afirmar que o prestador deve disponibilizar todas as informações elementares para que os consumidores destinatários o consigam identificar com precisão e de forma clara, em um acesso fácil e direto.

Especificamente sobre informações prévias, ou pré-contratuais, o artigo 28 giza que o prestadores de serviços em rede que celebre contratos em linha devem facultar aos destinatários, antes de ser dada a ordem de encomenda, informação mínima inequívoca que inclua: a) O processo de celebração do contrato; b) O arquivamento ou não do contrato pelo prestador de serviço e a acessibilidade àquele pelo destinatário; c) A língua ou línguas em que o contrato pode ser celebrado; d) Os meios técnicos que o prestador disponibiliza para poderem ser identificados e corrigidos erros de introdução que possam estar contidos na ordem de encomenda; e) Os termos contratuais e as cláusulas gerais do contrato a celebrar; f) Os códigos de conduta de que seja subscritor e a forma de os consultar eletronicamente.

Com efeito, tal artigo, ao referir-se ao prestador de serviços em rede que celebre contratos em linha, traz a obrigação de fornecer a “informação mínima inequívoca”⁴⁹ ao consumidor. Vale dizer que a expressão é tipicamente uma cláusula aberta, em que deve ser preenchida com o recurso ao princípio da boa-fé quando da celebração do contrato, o que nos faz concluir que o rol de informações dispostas no artigo 28 é meramente ilustrativa, cabendo o juiz analisar cada caso e observar a relevância da informação ou não para aquele contexto inserido.

Tais deveres de informação e respectivos requisitos só comportam derrogação por acordo em contrário se a parte adquirente do bem ou serviço for um não consumidor, e por conseguinte, são inderrogáveis no que toca aos consumidores, mesmo com seu consentimento expresso⁵⁰. Ou seja, assumem natureza cogente, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor e que, via de regra, não possui instrumentos contratuais paritários.

Por sua vez, a liberdade contratual está contemplada às partes que queiram concluir um contrato por meio de qualquer sistema eletrônico, ressalvadas algumas exceções previstas no art. 25 do DL 7/2004. Vale ressaltar o amparo ao consumidor, especialmente no artigo 25, n.4, em que se proíbe o fornecedor a obrigar o consumidor a

⁴⁸ Vide artigo 10, do DL 7/2004.

⁴⁹ Sobre o tema, confira: CRISTAS, Assunção; ASCENSÃO, José de Oliveira; SILVA, Paula Costa e; ROSA, Victor Castro; LEITÃO, Luis Menezes; PINTO, Paulo Mota e outros. Lei do Comércio Electrónico Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.115 e ss.

⁵⁰ Confira: ROCHA, Manuel Lopes; CORREIA, Miguel Pupo; RODRIGUES, Marta Felino; ANDRADE, Miguel Almeida; AMORIM, Pedro Patrício; CARREIRO, Henrique José; CABRITA, Luis. Lei da Sociedade da Informação- Comércio Electrónico. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.p.319 e ss.

contratar, por via eletrônica, através de Cláusulas Contratuais Gerais. Ou seja: cabe a opção de o consumidor contratar ou não por via eletrônica.

Ademais, na relação empresa-consumidor, importa pontuar que a maioria dos contratos eletrônicos são contratos de adesão. Assim, o artigo 31 do DL 7/2004 trata do dever de comunicação das cláusulas gerais nos contratos eletrônicos, bem como no tocante aos termos contratuais e o aviso de recepção das declarações negociais: a de que o destinatário possa armazenar e reproduzir os respectivos documentos eletrônicos.

Outra questão relevante disposta no DL 7/2004 é o que refere-se ao princípio da transparência⁵¹, ou seja, visando reforçar a proteção dos interesses das contrapartes em face das assimetrias informativas presentes, pretende-se que o comportamento de quem fornece conteúdos digitais em linha seja transparente.

Por fim, tal princípio já disposto pela legislação europeia através da Directiva 93/13, de 5 de abril de 93, em seu artigo 4º, segundo o qual os contratos devem estar redigidos de maneira clara e compreensível, garantindo ao consumidor proteção elevada.

e) O dever pré-contratual de informação no Decreto-Lei 24/2014

Teleologicamente orientado pela mesma finalidade, o DL 24/2014 consagra um catálogo demasiado extenso e não exaustivo⁵² de informações pré-contratuais necessárias: elementos de caracterização do fornecedor⁵³, características do bem ou serviço⁵⁴; composição do preço⁵⁵ (módulo de cálculo, descrição das despesas, ônus); modalidade de pagamento⁵⁶ (leia-se entrega, execução, sistema de tratamento de reclamação); disposição⁵⁷ acerca da existência de livre resolução do contrato; disposição⁵⁸ acerca dos valores proporcionais de serviços que são contratados, acaso o consumidor não utilize do mesmo; custo⁵⁹ de utilização da técnica de comunicação à distância; duração do contrato e aspectos de renovação automática⁶⁰; existência e prazo

⁵¹ No direito comercial, há o imperativo geral de transparência negocial. Sobre o tema, confira: ANTUNES, José Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009. p.110. Confira artigo 10, *in totum*, do DL 24/2014. Vale salientar que o prestador que pretenda celebrar contratos em linha, deve também se inserir ao artigo 28 do DL 7/2004, bem como aos requisitos previstos em legislação especial, como é o caso do DL 24/2014.

⁵² O professor Jorge Carvalho ressalta esse rol constitui no conteúdo mínimo que deve ser emitido pelo fornecedor. Confira em: CARVALHO, 2016, p.150.

⁵³ Identificação do fornecedor. DL 24/2014, artigo 4º. Itens a, b.

⁵⁴ DL 24/2014. Item c.artigo 4º.

⁵⁵ DL 24/2014. Itens d,e,f,g,h.artigo 4º.

⁵⁶ DL 24/2014. Item i.artigo 4º.

⁵⁷ DL 24/2014. Itens j,l,n.artigo 4º.

⁵⁸ DL 24/2014. Itens m.artigo 4º.

⁵⁹ DL 24/2014. Item o.artigo 4º.

⁶⁰ DL 24/2014. Item p.artigo 4º.

de garantia e condições pós venda⁶¹; existência de código de conduta relevante⁶², duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso⁶³; necessidade de depósito ou garantias financeiras⁶⁴; sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais⁶⁵ e, finalmente, a possibilidade de acesso a um método extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado, e o respectivo modo de acesso⁶⁶.

Ou seja, a informação deve ser prestada em tempo útil⁶⁷, de forma clara (se transmitida ao consumidor português, em língua portuguesa⁶⁸) e compreensiva (através da linguagem de fácil entendimento).

Nesse diploma, a obrigação de informar é mais exigente que o anterior (DL 7/2004), uma vez que a informação deve ser avaliada em concreto, tendo em conta as circunstâncias que inserem na celebração do contrato.

Em suma: se o consumidor se encontrar em situação desfavorável e o profissional tiver conhecimento, seja por qualquer meio, há um dever especial de informação⁶⁹ que resulta dessa norma. Ou seja, o profissional tem um dever especial de informação no tocante às cláusulas inseridas na proposta e que não sejam legalmente exigidas, tornando-se uma espécie de cláusula coringa pró-consumidor.

f) O excesso do dever de informação pré-contratual e subsunção ao abuso do direito

No contexto do comércio eletrônico, a informação do produto ou serviço passou de mero coadjuvante na compra e venda de mercadorias a protagonista, tornando-se o elemento principal.

Contudo, àquela época, a proteção do consumidor não foi acompanhada no mesmo compasso pela doutrina portuguesa⁷⁰, uma vez que o adquirente virtual se subsumia às regras gerais do contrato de consumo e não despendia atenção especial.

⁶¹ DL 24/2014. Itens q,r.artigo 4º.

⁶² DL 24/2014. Item s.artigo 4º.

⁶³ DL 24/2014. Item t.artigo 4º.

⁶⁴ DL 24/2014. Item u.artigo 4º.

⁶⁵ DL 24/2014. Itens v,x.artigo 4º.

⁶⁶ DL 24/2014. Item z.artigo 4º.

⁶⁷ Cfr. Artigo 4, n.1, do DL 24/2014.

⁶⁸ Cfr. Artigo 7, n.3, da Lei de Defesa do Consumidor.

⁶⁹ Sobre o tema, confira: CARVALHO, Jorge Morais. **Comércio electrónico e proteção dos consumidores**. In Themis- Revista da Faculdade de Direito da UNL. Vol II.n.13. Coimbra: GC- Gráfica Coimbra, 2006. p. 44 e 45.

⁷⁰ O fato de ser comércio eletrônico não beneficiaria nem tampouco prejudicaria o consumidor. Cfr. OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da**

Com efeito, muitas vezes as informações propagadas ao consumidor são demasiadamente extensas e, embora sejam verdadeiras, o confundem na compreensão dos elementos cruciais do contrato.

O professor Dário Moura Vicente⁷¹ já trazia elementos da presente crise moderna de informação quando explanou que a descodificação do direito privado tem levado à adoção de diretivas descoordenadas entre si, sem ter o legislador preocupação valorativa dessas. Com o advento da sociedade de informação⁷², caracterizada⁷³ pela transmissão de informações se dá sob qualquer forma, sem limitações de distância, tempo ou volume, surgiram múltiplas demandas jurídicas, muitas delas ainda sem solução.

Se, por um lado, a máxima amplitude informacional dos regulamentos exige um dever geral de informação⁷⁴ completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, abordando os seus pormenores, por outro, os diplomas legais⁷⁵ não se preocuparam com o fenómeno recente do excesso de informação.

Na prática, o fornecedor engloba todas as informações (pouco importantes e cruciais) em um mesmo rol, sem distingui-las. Assim, o consumidor é assoberbado de informações, muitas delas sem utilidade real, as quais acabam por confundi-lo.

O excesso de informação, por vezes, gera a indiferença informativa⁷⁶, colocando em xeque a credibilidade das informações ali postas, inclusive aquelas ditas cruciais. Ademais, o modo de apresentação das informações difundidas pelo fornecedor tem eficácia incerta, dependendo unicamente da forma que é transmitida para o consumidor, especialmente por se tratar de meio eletrónico.

Assim, para tais situações, a solução seria disponibilizar ao consumidor um resumo das informações elementares para a contratação (qualificação das partes, objeto, forma de pagamento; execução e possível resolução contratual) e, ao mesmo tempo,

internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58

⁷¹ Confira VICENTE, Dário Moura. Culpa na formação dos contratos. In: **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.278. Vide também VICENTE, Dário Moura. Tendências da Codificação do Direito Civil no século XXI: Algumas Reflexões. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.701-717.

⁷² Vide VICENTE, Dário Moura. A informação como objeto de direitos. In: **Revista de Direito Intelectual**, Coimbra, n. 1, 2014. p. 116.

⁷³ Confira: MARQUES, Garcia; Martins, Lourenço. **Direito da Informática**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.p. 41.

⁷⁴ Confira artigo 7, n.1, do Código dos Valores Mobiliários, 304- A, n.2, e artigo 8, n.1, da lei de defesa do consumidor. Confira também: CORDEIRO, António Menezes. **Manual de direito comercial**. Vol I. Combra: Almedina, 2001. p. 388 e 389.

⁷⁵ Vide Lei de Defesa do Consumidor, Regime das Cláusulas Gerais, DL 7/2004, DL 24/2014: todos não tratam sobre o fenómeno do excesso de informação.

⁷⁶ ARAÚJO, 2007, p.77-80. A violação do dever de informar também seria averiguada mediante um vício simples, *innocent misrepresentation*, quando a incorreção da informação fosse em virtude de negligência do fornecedor. ALMEIDA, 2015, p. 202.

possibilitar o acesso instantâneo de informações detalhadas sobre cada elemento contratual.

Vale salientar que, regra geral, o consumidor tem direito à legítima ignorância informacional. Professor Menezes Cordeiro entende que em contratos de seguro⁷⁷ tipicamente de adesão, por exemplo, não há obrigatoriedade de o tomador acolher a informação que lhe seja disponibilizada. Ou seja, se pretender, ele pode assimilar as informações ali transmitidas.

Tal direito, no tocante ao comércio eletrônico, deve ser visto sob perspectiva distinta. O consumidor deve, obrigatoriamente⁷⁸ (não por questão volitiva) ter acesso às informações elementares (uma espécie de contrato sinótico⁷⁹ contendo objeto do contrato, preço, forma de pagamento, multa rescisória).

Esses elementos não podem estar inseridos em um clausulado contratual extenso⁸⁰, cuja leitura não é exigida ao consumidor, especialmente quando a complexidade do contrato e o valor da contraprestação não sejam significativos.

Caso o consumidor deseje, deve existir a possibilidade de aceder as informações detalhadas⁸¹ instantaneamente em um ícone de fácil visualização, podendo dispô-las quando entendesse.

Assim, em contratos virtuais com o consumidor, o direito à legítima ignorância do consumidor estaria resguardado somente para as informações menos importantes para o contrato. Contudo, isso não significa que o fornecedor deve trazer informações a menor, sob pena de incorrer em culpa in contrahendo ou até mesmo em abuso do direito, na perspectiva no abuso de dever⁸². Ao revés, deve trazer as opções legítimas para o consumidor, de forma sintética e ao mesmo tempo extensa, uma vez que o consumidor⁸³ almeja a qualidade informativa e a legítima compreensão do objeto a ser contratado.

⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Direito dos Seguros**. 2ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.616.

⁷⁸ Note que no caso de contratação eletrônica, em regra, não há o contato instantâneo entre as partes, tornando-se indispensável a transmissão das informações contratuais básicas para o consumidor, sob risco do adquirente se valer do instituto do *venire contra factum proprium*.

⁷⁹ Confira o exemplo brasileiro. Decreto-Lei 7962/2013, art. 4º “Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos.”

⁸⁰ Sobre o tema, confira: CARVALHO, Jorge Morais. **Os contratos de consumo- Reflexão sobre autonomia privada no direito de consumo**. Tese de doutoramento-2011.p.143. Disponível em:< https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf> acesso em 10 de junho de 2017.

⁸¹ Todas aquelas já elencadas pelo rol do artigo 4º do DL 24/2014.

⁸² Sobre o tema, confira: BARROS, João Pedro Leite. **Excesso de informação como abuso do direito (dever)**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. n. 25. vol VII. março 2017. Coordenação: Mario Frota, Joatan Marcos de Carvalho, Jorge Pegado Liz, Roberto Senise Lisboa. p.13 a 60.

⁸³ Qualquer que seja a técnica de comunicação utilizada, a atitude do consumidor não pode nunca ser totalmente passiva. Confira: OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet**: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2012. p.74 e 75.

3. Conclusão

O presente artigo esmiuçou a evolução do dever de informação do ordenamento português, especialmente aquele atinente ao período pré-contratual, delineando em cada dispositivo legal como é tratado esse vetor.

No primeiro momento, o artigo pontuou como a informação foi alçada como direito fundamental pela Constituição Portuguesa de 1976, e como é encontrada nas Cláusulas Contratuais Gerais, Lei 24/96, Código Civil e no comércio eletrónico, nos DL 7/2004 e DL 24/2014.

Ficou claro que o novel diploma (DL 24/2014) surgiu para garantir maior proteção ao consumidor, especialmente no que toca aos deveres pré-contratuais de informação, ampliando sobremaneira o rol de requisitos que o fornecedor deve atender, sob pena de incorrer em culpa in contrahendo e coimas estabelecidas.

Contudo, restou patente a necessidade de reformulação das diretrizes na União Europeia, vez que o excesso de regulamentação não induz, necessariamente, em proteção efetiva do consumidor.

Por fim, o caráter protetivo do ordenamento português e da legislação europeia de uma forma geral, não reflete, muitas vezes, em proteção eficaz do consumidor. Na prática, muitas vezes o excesso de informação acaba, também, por traduzir em desinformação por parte do consumidor.

Referências

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: Conceito, Fontes, Formação**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.167-168.
- ANTUNES, José Engrácia. **Direito dos Contratos Comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009. p.110.
- APOSTOLIDES, Sara Costa. Do Dever Pré-contratual de Informação e da sua Aplicabilidade na formação do contrato de trabalho. Coimbra: Almedina, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 26.
- BARROS, João Pedro Leite. **Excesso de informação como abuso do direito (dever)**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. n. 25. vol VII. março 2017. Coordenação: Mario Frota, Joatan Marcos de Carvalho, Jorge Pegado Liz, Roberto Senise Lisboa. p.13 a 60.

- BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 351.
- CARVALHO, Jorge Morais. **Comércio electrónico e proteção dos consumidores.** In Themis- Revista da Faculdade de Direito da UNL. Vol II.n.13. Coimbra: GC-Gráfica Coimbra, 2006. p. 44.
- _____. **Os contratos de consumo- Reflexão sobre autonomia privada no direito de consumo.** Tese de doutoramento- 2011. p.143. Disponível em:< https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf> acesso em 10 de junho de 2017.
- CORDEIRO, António Menezes. **Direito bancário.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 396/400;
- _____. **Direito dos Seguros.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.610/612.
- _____. **Manual de direito comercial.** Vol I. Coimbra: Almedina, 2001. p. 388 e 389.
- _____. Concessão de crédito e responsabilidade bancária. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 359, p. 30 ss., 1987. p. 34
- _____. **Tratado de Direito Civil IX:** direito das obrigações. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p.543-550.
- COSTA, Mariana Fontes da. **O dever pré-contratual de informação.** Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/23890/2/49873.pdf> >. acesso em 02 de agosto de 2016.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Intervenções Fulcrais da Boa Fé nos Contratos,** in EDC, n.º 2, 2000, pp. 357-368, p. 364.
- CRAVETTO, Chiara; PASA, Barbara. The ‘Non-sense’ of Pre-Contractual Information Duties in Case of Non-Concluded contracts. In: **European Review of Private Law**, Alphen aan den Rijn, v. 19, n. 6, p. 759-785, 2011.
- CRISTAS, Assunção; ASCENSÃO, José de Oliveira; SILVA, Paula Costa e; ROSA, Victor Castro; LEITÃO, Luis Menezes; PINTO, Paulo Mota e outros. **Lei do Comércio Electrónico Anotada.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.p.115 e ss.
- FREIRE, Paula Vaz. Sociedade de Risco e Direito do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Org.). **Sociedade de Risco e Direito Privado.** São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.375-379.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 4. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 102 e ss.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações.** v. 1. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 323.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Direito do Consumidor:**

- proteção da confiança e práticas comerciais. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.595-614.
- MARQUES, Garcia; Martins, Lourenço. **Direito da Informática**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.p. 41.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos recomendações e informações**. Coimbra: Almedina, 1989. p.14 e ss.
- OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet**: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacional privatista. Coimbra: Almedina, 2012. p. 58
- OLIVEIRA, Madalena Perestrelo. Conflitos de princípios na repartição da competência material dos tribunais: os casos aut-aut e et-et. In: O Direito, Coimbra, a. 142, v. 3, p. 593-615, 2010.
- PACE, Alessandro. Informazione: valori e situazioni soggettive. In: **Diritto e società**, Milão, fascicolo 4, p. 735-771, 2014. p. 735 e ss.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos**. Suplemento XIV. Coimbra: BFDUC, 1966. p.156-157.
- _____. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. BFDUC. Suplemento XIV.p. 156 e 157.
- _____. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. vol II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.p.453 e ss.
- RAMONET, Ignácio. **La tyrannie de la communication**. Paris: Galilée, 1999. p.184.
- ROCHA, Manuel Lopes; CORREIA, Miguel Pupo; RODRIGUES, Marta Felino; ANDRADE, Miguel Almeida; AMORIM, Pedro Patrício; CARREIRO, Henrique José; CABRITA, Luis. **Lei da Sociedade da Informação- Comércio Electrónico**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.p.319 e ss.
- SÁ, Almeno de. **Cláusulas contratuais**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 59-64.
- SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Culpa do devedor ou do agente. In: **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 68, p. 110 e ss, 1957.
- SILVA, Eva Sonia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p.432.
- VICENTE, Dário Moura. **Problemática internacional da sociedade de informação**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13 e ss.
- _____. **Direito do Autor e Comércio Electrónico: aspectos internacionais**. Disponível em: <

<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/459/433>>. Acesso em 11 de junho de 2017.p. 25.

- _____. **A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado**. In Revista de Direito Civil. ano I (2016).numero 2. Diretor: António Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2016. P.287.
- _____. Culpa na formação dos contratos. In: **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.278.
- _____. Tendências da Codificação do Direito Civil no século XXI: Algumas Reflexões. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (Coord.). **Sociedade de Risco e Direito Privado**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.701-717.
- _____. A informação como objeto de direitos. In: **Revista de Direito Intelectual**, Coimbra, n. 1, 2014. p. 116.

Legislação

- PORTUGAL. **Decreto-Lei 24/2014, de 14 de fevereiro**. Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Transpõe a Diretiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores
- _____. **Decreto-Lei 7/2004, de 07 de janeiro**. Comércio electrónico no mercado interno e tratamento de dados pessoais. No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 7/2003, de 9 de Maio, transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno.
- _____. **Lei n.º 24/96**. Lei de defesa do consumidor. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Revoga a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto.
- _____. **Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de outubro**. Cláusulas Contratuais Gerais. Institui o regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais.
- _____. **Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril**. Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 97/7/CE, do PE e do Conselho, de 20/5, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos celebrados a distância, regula os contratos ao domicílio e equiparados, as vendas automáticas (Revogado).

Jurisprudências

- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. **Acórdão do processo n.º 2360/2008-6**. Relatora: Fátima Galante. Lisboa, 24 de abril de 2008.
- _____. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do 13-05-04**. Revista nº 1324/04-7ª, in "Sumários", Nº 81,pág.19.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão do processo n.º 109/13.0TBMLD.P1.S1**. Relator: Helder Roque. Lisboa, 02 de junho de 2015.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão n. 2356/10.8TVLSB.L1.S1**. Relator: Silva Salazar. Lisboa, 07 de janeiro de 2014

SUBSTANCIALISMO MODERADO: COMO O PROCEDIMENTALISMO HABERMASIANO PODE CONTRIBUIR PARA UMA DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.

MODERN SUBSTANTIALISM: HOW HABERMASIAN PROCEDIMENTALISM CAN CONTRIBUTE TO A DEMOCRATIZATION OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN BRAZIL.

Gislene de Laparte Neves¹

Universidade Federal de Rondônia

Victor de Almeida Conselvan²

Universidade Federal de Rondônia

Sumário: 1. Introdução; 2. Neoconstitucionalismo e substancialismo à brasileira; 3. Procedimentalismo em Habermas; 4. Da democratização da justiça constitucional no Brasil através do procedimentalismo habermasiano – o substancialismo moderado; 5. Considerações finais; Referências

1. Introdução

Debater a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais é também debater a profunda dicotomia que repousa sobre o universalismo e o pluralismo. Isso porque, a existência de direitos sociais que exijam participação direta do Estado para a sua concretização, colide com o absenteísmo que o Estado se propõe a realizar nos direitos individuais, importando numa constante dinâmica entre esses polos: o universalismo proposto pelo Estado Liberal, arraigado na ideia de democracia e participação popular; e o pluralismo, próprio do Estado Social que pugna pela participação estatal na realização dos direitos (CIARLINI, 2013). O primeiro fazendo crer que os indivíduos se auto-organizam pelo exercício democrático. O segundo exigindo do Estado prestações mínimas aos necessitados, como saúde, educação e moradia.

A jurisdição constitucional não resta absorta a esse liame. Isso porque se ela assume o consenso democrático como o caminho aceitável, nega interpretação as normas definidoras de direitos sociais, dando-lhes roupagem meramente formal (HABERMAS, 2012). Se por outro lado, ressalta a obrigação constitucional de realização desses direitos e analisa seu grau de exigibilidade através de tutela jurisdicional, culmina por acentuar

¹ Advogada. Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Unyleya

² Professor da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Mestre em Direito Processual e Cidadania – UNIPAR, Especialista em Direito Tributário – UNIDERP, Especialista em Direito Civil e Processual Civil – IPE, Bacharel em Direito – UEM.

o caráter pluralista do Estado Social. O primeiro modelo é intitulado procedimentalista. O outro, substancialista.

Tal cenário substancialista, pode ser facilmente verificado no Brasil onde a escolha por um modelo de exegese jurisdicional que privilegia a concretização e a aplicabilidade dos direitos fundamentais tem levantado questionamento quanto a legitimidade das decisões judiciais, pois, a par de se imiscuírem diretamente em políticas públicas – trazendo assuntos executivos e legislativos para a seara jurídica – os juízes não são escolhidos mediante sufrágio e por esse motivo, não representam uma escolha popular.

Nessa toada, objetivou-se com o presente estudo uma análise de possíveis mitigações ao sistema substancialista, amplamente majoritário no Brasil, buscando um equilíbrio entre universalismo e pluralismo. Propõe-se, assim, através de uma análise dialética e fenomenológica a formação de balizas para um substancialismo moderado, levando em consideração as ideias habermasianas.

Para tanto, num primeiro momento, será empreendida uma análise do neoconstitucionalismo e da jurisdição pátria nos moldes estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Aqui serão expostas as balizas fenomênicas sobre as quais se solidifica a justiça constitucional brasileira.

Na sequência, será apresentado o procedimentalismo habermasiano. A meta é demonstrar os principais contornos do modelo, mas também, acentuar as críticas que não permitem que ele substitua o modelo vigente, acentuando a tônica da necessidade de equilíbrio entre ambos.

Por fim, será realizada uma discussão sobre como o procedimentalismo habermasiano pode ampliar a participação democrática no modelo substancialista, abrindo margens para uma justiça constitucional que equilibre pluralismo e universalismo.

2. Neoconstitucionalismo e substancialismo à brasileira

Apesar do neoconstitucionalismo ter se desenvolvido enquanto movimento logo após a Segunda Guerra Mundial, o Brasil, que passou por um regime totalitário no Estado Novo até 1945, viveu pouquíssimos momentos de democracia com a Constituição de 1949. Com o golpe militar de 1964, ficou impossível o desenvolvimento de uma doutrina neoconstitucionalista.

É com a queda do regime ditatorial que iniciam-se os debates para uma nova constituição com marcada preocupação com direitos humanos fundamentais. No meio de movimentos populares acalorados e dos grupos hegemônicos nacionais e internacionais em busca da manutenção de seu *status quo*, o novo texto relegava uma imensa multiplicidade de princípios, colocando no futuro a concretização da maioria deles (MASCATO, 2012).

Nesse sentido, movimento neoconstitucionalista que se impôs à ditadura militar vigente desde o golpe de 1967, na linha das novas constituições da segunda metade do século XX, deu origem a uma Carta Constitucional de cunho marcadamente social, sendo o Brasil constituído como Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante CRFB/88), vez que voltado centralmente a limitar os poderes políticos e assegurar as garantias e liberdades tolhidas por mais de duas décadas de repressão (MACIEL, 2012).

Suas principais inovações, no âmbito jurídico, na esteira do que aduz Barroso (2011), se vinculam ao reconhecimento de uma força normativa da Constituição, a uma supremacia do Diploma Constitucional e a constitucionalização dos direitos, sendo essa última premissa considerada em seu duplo aspecto, qual seja o da positivação de diversos direitos diretamente no texto da Constituição – situando a presente carta como de natureza analítica relativamente ao seu conteúdo – e também o de sua eficácia irradiante, exigindo que toda norma infraconstitucional seja aplicada em conformidade com os dispositivos constitucionais.

É na jurisdição constitucional, contudo, que repousa a mais expressiva alteração trazida pela Carta de 1988, vez que a mesma em seu artigo art. 102, *caput*, pugna pela criação de um Tribunal Constitucional, ao qual compete “precipualemente, a guarda da Constituição” (art. 102, *caput*, CRFB/88), dando a este órgão o dever de assegurar que “nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição” (CAMBI, 2009, p. 204).

Para Cambi (2009), é nesse contexto que surge a perspectiva de uma expansão da jurisdição constitucional no Brasil, pois, uma vez responsável pela guarda do texto constitucional, o Judiciário passou a enfrentar o dilema de concretização das normas da Carta Maior. Nessa esteira, o Judiciário deixa de ter o papel técnico de aplicador das normas constitucionais para, também, assumir a missão de concretizar o texto fundamental, acentuando seu caráter de corte jurídico-política – caráter que é agravado pelo art. 5º, §1º da CRFB/88 que considera como imediatamente aplicáveis todos os direitos fundamentais (SARLET, 2007). Assim:

Se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua *neutralização política*, no Estado do Bem Estar Social a explosão da litigiosidade, marcada pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, ampliou a visibilidade social e política da magistratura. (CAMBI, 2009, p. 178, grifo do autor)

Desta feita, há que se observar que, se a Constituição passa a ser fundamento de validade do ordenamento jurídico pátrio, de forma consequente “a jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2014, p. 37), vez que é de sua hermenêutica que derivará maior ou menor possibilidade de concretização das normas constitucionais, e, mais acentuadamente dos princípios fundamentais que integram a Lei Fundamental.

Ademais, se o reconhecimento da força normativa da Constituição foi decisivo para o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas de caráter vinculante, tornando-os “[...] dotados de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas” (BARROSO, 2011, p. 3) – se podendo afirmar ainda que “sua inobservância pode deflagrar os mecanismos próprios de coerção, de cumprimento forçado” (BARROSO, 2011, p. 3) – a decisão jurídica em sede de jurisdição constitucional deixa de ser mera técnica para se revelar em verdadeiro instrumento de efetivação de direitos, que, contudo, ficam a mercê de uma adequada teoria da decisão para perfilharem maior ou menor possibilidade de concretização.

Trata-se, pois, do surgimento de uma dupla responsabilidade do Poder Judiciário: a de atribuir aplicabilidade as normas constitucionais e, ao mesmo tempo, lidar com a abertura normativa dos princípios, que como bem aduz Sarlet (2007), não se amoldavam aos métodos tradicionais de interpretação constitucional.

Não por acaso afirma Alexy (2006, p. 441) que a questão da aplicabilidade dos princípios constitucionais “[...] é marcada por uma profunda divergência de opiniões acerca da natureza da função do Estado, do Direito e da Constituição”, e que tal divergência, resulta exatamente do papel dos princípios na ordem constitucional e no fato de que “em quase nenhuma área a conexão com o efeito jurídico e as valorizações práticas gerais ou políticas é tão clara” (ALEXY, 2006, p. 441), exigindo um posicionamento efetivo da jurisdição.

Tal cenário levou a adoção de uma leitura hermenêutica substancialista do texto constitucional. Segundo Cambi (2009, p. 288):

[...] a corrente substancialista da jurisdição entende que o Poder Judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos no direito positivo. Acredita que o Judiciário deve concretizar, mesmo contra as maiorias eventuais, o conteúdo democrático da Constituição, enquanto explicitação do contrato social. Afinal, não é exato sustentar que o direito ou a democracia se contentam em estabelecer uma regra de jogo puramente formal, incompatível com qualquer conteúdo material.

O substancialismo, assim, fundado no caráter contramajoritário do sistema constitucional, e visando evitar o esvaziamento das normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional, exige do Judiciário uma postura positiva frente ao conteúdo das normas constitucionais, que infere analisá-las e determinar-lhes o alcance em consonância com o estabelecido na Constituição.

Tal aumento de visibilidade culmina diretamente no debate acerca da legitimidade das decisões judiciais, pois, diferentemente dos demais poderes, os membros do Judiciário não são escolhidos diretamente pela sociedade. Assim, cumpre assentir que, pelo menos inicialmente, “o dogma da separação dos poderes fica abalado” (STRECK, 2014, p. 45), vez que o deslocamento do poder pesa fortemente em direção ao Judiciário, que, como dito alhures, passa a ter a última palavra sobre as normas constitucionais. O dilema que daí exsurge diz respeito a como conter os excessos desse

Poder, e, também, em até que ponto a própria democracia não é corroída pelo enfraquecimento dessa separação entre os poderes.

O problema que aqui se delineia, assim, é o amplo poder de moldagem das instituições democráticas dado ao juiz. Isso porque se o direito positivo possui critérios bem claros para sua produção, a decisão judicial se constrói no discurso e na argumentação, que são de livre convicção ao juiz, que fundamentando, pode tomar a decisão que julgar mais correta. Tal deslinde, junto a falta da escolha dos membros do poder judiciário pelos cidadãos, é o principal desafio da hodierna Teoria da Constituição.

De se frisar que no Brasil, a aplicação substancialista da CRFB/88 se deu com a adoção de várias técnicas alienígenas de interpretação do direito – fenômeno que Streck (2011) denominou de *mixagens epistemológicas*. A mais importante delas é a técnica sopesamento de Robert Alexy (ALEXY, 2009a). Para esse autor, princípios são normas jurídicas que são aplicados segundo critérios de proporcionalidade e ponderação (ALEXY, 2009a). Sua principal ideia é racionalizar o exercício do julgamento através dos princípios, criando um método seguro para sua aplicação.

Inicialmente, impende destacar que para o autor esses “mandados de otimização”, que correspondem aos princípios, podem incidir concomitantemente sobre uma mesma situação concreta. Nesse caso – a despeito das regras cuja aplicação de uma impende na invalidação da outra (ALEXY, 2008b) – deve ser realizado um sopesamento no qual se estabeleça qual dos princípios conflitantes deve prevalecer na situação *sub judice*. É dizer: não existe uma única resposta correta ao problema jurídico, e sim respostas possíveis (STRECK, 2014), aferidas mediante um procedimento lógico e argumentativo.

Tal sopesamento, seria decorrente “[...] logicamente da natureza dos princípios” (ALEXY, 2008a), uma vez que, sendo valores fundamentais do Estado, não há a possibilidade de invalidação de um princípio para a aplicação de outro, devendo ser realizado um procedimento de racionalização da decisão, que não exclua nenhum dos princípios conflitantes, mas sim, que culmine na prevalência de um sobre outro naquela dada circunstância. Tal procedimento, resultante do postulado da proporcionalidade (ÁVILA, 2015), seria composto de três etapas. São elas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Seu objetivo “[...] é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2008a, p. 95).

Tais etapas se concebem como regras. Isso quer dizer que se aplicam através de juízos deontológicos: ou a etapa é válida ou é inválida e, nesse segundo caso, o resultado não é possível. Assim, como afirma Cambi (2009, p. 465, grifo do autor): “Tratam-se de elementos autônomos que devem ser aplicados *subsidiariamente*”. E complementa: “[...] a análise da necessidade somente ocorrerá caso superado o exame da adequação; a da proporcionalidade em sentido estrito apenas acontecerá se o problema já não tiver sido solucionado com os juízos da adequação e da necessidade” (CAMBI, 2009, p. 465).

Assim, o juízo de adequação, primeira etapa do postulado, busca responder se o meio escolhido é medida que se demonstra apta a atingir o fim que lhe dirige o aplicador (ALEXY, 2008a). Há que se observar que esse juízo é deontológico (sim/não) e não de valor (bom/ruim) (COURA, 2009). Ou seja: não se avalia se determina hipótese é melhor que a outra para a consecução do fim, mas sim, se ela tem o condão de realizar o resultado prático desejado. A hipótese, nesse caso, apenas estaria descartada frente à ocorrência da absoluta impossibilidade de sua realização (ALEXY, 2008a).

A segunda etapa, a da necessidade ou exigibilidade, nas palavras de Cambi (2009, p. 466) o intérprete deve se perguntar: “[...] não há outro meio alternativo menos gravoso e igualmente eficaz para se chegar ao mesmo resultado?”. Nesse caso, dada a existência de dois meios para satisfazer o mesmo princípio, deve o julgador escolher aquele que menos onere a coletividade e interfira o menos possível nos demais princípios (ALEXY, 2008a). Como afirma Alexy (2008a, p. 591): “[...] aqui a ideia de otimização é facilmente identificável”.

Por fim, a última etapa é a da proporcionalidade em sentido estrito. Esse é o momento em que o julgador de fato *sopesa* qual princípio deverá prevalecer naquele caso concreto. Essa *lei do sopesamento* (CAMBI, 2009), seria dividida em três passos:

- 1) avalia-se o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios; 2) examina-se a satisfação do princípio colidente; 3) deve-se considerar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não ou a não satisfação do outro princípio.

Ou seja, para passar pela etapa do sopesamento, deve o julgador avaliar se a hipótese aventada realiza, ao máximo, ambos os princípios, ainda que na situação de fato um deles vá prevalecer sobre o outro (ALEXY, 2008a). Tal sopesamento, ainda, deve considerar sempre o menor impacto possível para a coletividade, sendo portanto uma baliza entre os meios de que dispõe o Estado e os fins que se pretende sejam alcançados com a decisão.

Tal modelo recebe críticas por abrir margem a discricionariedades. Habermas (2012) descarta o modelo dos princípios como mandados otimizáveis. Para ele:

Os que pretendem diluir a Constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo modelo de bens atraentes (HABERMAS, 2012, p. 318).

Isso significa que para o filósofo procedimentalista, a ideia de um ordenamento de valores, traz para o direito um pragmatismo irrecuperável: se valores dizem respeito ao que é bom, há que se ter em mente que o bom é, pois, variável não oferecendo nenhuma segurança jurídica na manutenção de critérios previsíveis e aplicáveis, podendo se afastar qualquer juízo com base numa argumentação pragmática. Na escurreita definição de Coura (2009, p. 166): “Verifica-se então a possibilidade de

qualquer razão assumir o caráter de argumento político – ‘de relevância jurídica’ – em cada caso de conflito na aplicação do direito”.

O próprio Alexy (2009a, p. 163-164), ao tentar desconstituir os principais argumentos contra seu método, levanta a crítica que lhe é mais cara a cerca da ideia do sopesamento: “[...] é muitas vezes levantada a objeção de que ela não é um modelo aberto a um controle racional. Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa”.

Para defender essa crítica, o autor diferencia um sopesamento decisionista e um sopesamento fundamentado: “Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferências condicionadas. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente” (ALEXY, 2008a, p. 165). O modelo fundamentado, contudo, se basearia numa teoria da argumentação, que traria a lume respostas racionalmente fundamentadas, e por isso dotadas de maior legitimidade (ALEXY, 2008a).

Ocorre, todavia, que nem sempre uma teoria é aplicada em sua inteireza, sendo importante consignar que a teoria alexyana restou modificada para se adaptar aos tribunais pátrios:

Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra – sim, é uma regra – da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos os mais diversos (STRECK, 2014, p. 287).

Daí o autor alertar que em nome do uso de um princípio da proporcionalidade (sic), abriu-se margem para uma discricionariedade – no sentido de decisionismo –sem precedentes no Judiciário brasileiro, cuja consequência é o aumento exponencial do ativismo judicial (STRECK, 2014). Isso porque, no Brasil, em nome dos princípios constitucionais, toda sorte de decisões se tornou possível:

Permito-se ser repetitivo: a ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “(só)pesa mais” (sic), algo do tipo “entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta (STRECK, 2014, p. 287).

Assim, o substancialismo que acabou se desenvolvendo no Brasil vem se demonstrando arbitrário, vez que “[...] o produto da soberania popular, exercida direta ou indiretamente pelos cidadãos, estaria subordinado às vontades de uma ‘aristocracia de toga’” (DUARTE, 2012, p. 151). E o pior: com a possibilidade de manejar o decisionismo sob o manto da legitimidade de seu livre convencimento motivado, fundado na ideia de uma ordem de valores atribuída a Constituição (STRECK, 2014).

Nesse Sentido, uma das possibilidades de diminuir discricionariedades e aumentar a legitimidade da decisão jurídica feita por magistrados – que, reitere-se, não são escolhidos democraticamente - seria uma mitigação do substancialismo através da ampliação da participação popular no procedimento. Para uma melhor análise desse tópico, cumpre-se conhecer melhor o procedimentalismo de Jurgen Habermas.

3. Procedimentalismo em Habermas

O procedimentalismo é uma leitura hermenêutica que se contrapõe ao substancialismo. Nela, à jurisdição constitucional, caberia, tão somente, “corrigir eventuais desvios no processo de representação popular, para assegurar a participação do povo no poder e a participação política das minorias” (CAMBI, 2009, p. 282). Negava assim, qualquer análise à cerca do conteúdo das normas constitucionais e sua extensão, legando ao Judiciário uma tarefa negativa, ou seja, de evitar a perda de autonomia e de direitos através dos procedimentos definidos pela Constituição (COURA, 2009)

O procedimentismo, visto a partir de Habermas, é a construção de uma verdadeira *teoria do discurso* que satisfaça as condições de *autonomia dos indivíduos* e *legitimidade do direito*. Toda a obra do filósofo alemão da Escola de Frankfurt, considerado como “o último grande racionalista” (COTRIM, 2006), gira em torno de garantir o primado da autonomia das pessoas.

Para Habermas, a formação da autonomia dos indivíduos é condição *sine qua non* para o desenvolvimento de uma teoria do discurso. Desta feita, as pessoas só se tornarão autônomas, “na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias” (HABERMAS, 2011, p. 146).

Assim, quando o Estado decide em suas cúpulas superiores as políticas sociais que pretende implantar, retira dos indivíduos sua participação enquanto criadores do direito e cerceia-lhes a possibilidade de deliberar quanto a que direitos gostariam de receber e qual seria a prioridade a ser estabelecida pela Administração.

Por esse motivo, só é legítimo, ao crivo do filósofo, “[...] o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos” (HABERMAS, 2011, p. 146). Desta feita, se direito legítimo quer dizer direito discursivamente elaborado entre os indivíduos, o Estado Democrático de Direito é entendido como:

[...] a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS, 2011, p. 181).

Por isso Habermas atribui a si mesmo o título de procedimentalista: sua ideia de uma democracia que se constrói em discursos, vislumbra, necessariamente, um ordenamento jurídico que assegure procedimentos seguros para a livre circulação e

formação do discurso. Em suas palavras, seu paradigma é formal, pois “apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir seus problemas e o modo de solucioná-los” (HABERMAS, 2011, p.190).

Por tal motivo, Habermas (2012, p. 304) observa “[...] no Estado de direito e no desenvolvimento do sistema jurídico em geral, um deslocamento preocupante entre parlamentos e tribunais constitucionais”. E assevera que a crítica que se faz a jurisdição constitucional é, assim, sempre uma crítica a ofensa à separação dos poderes, sendo que a Constituição não é o limiar dos direitos subjetivos resolúveis jurisdicionalmente, agigantando o Judiciário. Pelo contrário, a Constituição:

[...] determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas) (HABERMAS, 2012, p. 326).

Habermas (2011, p. 55, grifo do autor), idealiza assim, a: “figura de uma comunidade *jurídica* que organiza a si mesma”. Nessa comunidade, um tribunal constitucional não é autoevidente, e como o próprio autor chega a sugerir, se existisse deveria estar a cargo do Legislativo onde há maior fruição do debate popular (HABERMAS, 2011).

Contudo, independente de em que poder se alocue, nos moldes de uma Constituição que assegura procedimentos, “[...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos” (HABERMAS, 2012, p. 326). Para tanto, deve corrigir os desvios procedimentais e assegurar as liberdades públicas (HABERMAS, 2011; 2012)

Nota-se, assim, que, para o filósofo, uma sociedade terá tantos direitos quanto maior for sua capacidade de mobilização já que é da responsabilidade dos indivíduos a organização dirigida a pontuar o que é juridicamente relevante, debater publicamente as premissas do direito desejado, e consolidar os anseios mediante legislação – procedimento esse reiterado em inúmeras passagens de sua obra *Direito e Democracia*.

Em síntese, nota-se que os conceitos construídos por Habermas da Constituição, do Estado Democrático de Direito e Jurisdição densificam uma postura preocupada com os procedimentos que asseguram o debate público, e não com o significado e a extensão dos direitos. São os cidadãos que devem construir a base do Estado, não sendo dado ao executivo e ao judiciário intervir nesse processo.

Tal modelo, contudo, não é imune a críticas. As seguintes causas dificultam sua proposição como meio mais apto para a realização do texto constitucional: i) a necessidade de igualdade material para o exercício democrático, ii) o modelo de democracia delegativa centralizada no Executivo e iii) o caráter fragmentário do jogo democrático realizado no Brasil e a consequente possibilidade de uma “ditadura da maioria”.

Inicialmente, há que se afirmar, que o modelo de procedimentalismo baseado no discurso democrático a que se filia Habermas não pode coexistir sem condições mínimas que assegurem uma igualdade de condições para a formação desse discurso. Isso porque a autonomia propalada pelo autor somente é possível com o estabelecimento de condições que permitam a autodeterminação dos sujeitos, ou seja, do estabelecimento de garantias quanto à satisfação de bens jurídicos essenciais como a saúde, a educação e a alimentação, por exemplo.

Como expõe Cambi (2009, p. 285):

Não pode haver democracia se grande parte do eleitorado é analfabeto ou semi letrado, não tendo instrução necessária para compreender as principais questões colocadas no debate político, ou estão doentes e sem adequado atendimento médico hospitalar, ou se estão passando fome ou, ainda, se estão desempregadas ou trabalhando em condições opressivas. Não basta assegurar direitos sem que os titulares possuam condições mínimas de, efetivamente desfrutá-los. Quem é analfabeto, tem dor e fome, não é livre: não há liberdade onde existem miséria e exclusão social em níveis eticamente inaceitáveis.

Assim, a falta de igualdade material se coloca como um obstáculo direto a realização de um modelo procedimental em países como o Brasil, onde a diferença de Estados que passaram pela etapa do *welfare state*, “[...] não houve o Estado Social” (STRECK, 2011). Para Streck (2011, p. 28): “Existe, ainda, um imenso *déficit* social em nosso país, e por isso, temos que defender as instituições da modernidade”.

Nesse sentido, para autores como Streck (2014), Cambi (2009) e Mendes & Branco (2014), há que se defender um modelo de jurisdição adequado a países de modernidade tardia, ou seja, países que tentam, junto à desregulamentação do mercado e ao fenômeno da globalização, ampliar a atuação do Estado para que este seja forte e interventor na consecução de políticas públicas.

Assim, Cambi (2009, p. 500) vai afirmar que: “O projeto da modernidade ainda não se consumou e depende da crença no constitucionalismo e do que dele melhor se possa extrair como técnicas processuais da efetivação dos direitos fundamentais (neoprocessualismo)”.

Para além disso, conforme aduz Ciarlini (2013, p. 83) deve partir-se da perspectiva da “[...] inevitabilidade da existência de conteúdos substanciais, que se manifestam, inclusive, na própria pressuposição de que a Constituição deve salvaguardar tais posturas procedimentais”. É dizer: se não se pode assegurar a substancialidade de alguns direitos, como se justificar a própria fundamentalidade do procedimento como condição de formação do discurso democrático? Daí o autor afirmar que o próprio procedimentalismo precisa de um alicerce substancial, do qual não pode ser desvinculado.

A segunda crítica que se deduz do modelo procedimental diz respeito ao “modelo hobbesiano” do Estado Democrático brasileiro e é endossada por Lênio Luis Streck (2014). Como lembra o autor, o modelo hobbesiano cuida da democracia delegativa – a

atribuição de Poder a pessoas legitimamente eleitas para o exercício do poder Estatal – e do excesso de poder que foi concedido ao Executivo na atribuição das competências do Estado (STRECK, 2014). Trata-se de modelo hobbesiano justamente porque centralizador de competências num único Poder – no caso brasileiro à União – diminuindo ou adentrando na competência dos demais.

Nesse sentido, como falar em um modelo procedimental no Brasil, se é dado ao Executivo se imiscuir diretamente na seara legislativa através do estabelecimento de medidas provisórias (art. 62, *caput*, CFRB/88)? Como lembra Streck (2014, p. 191), nesses casos perde-se “[...] a garantia do acesso à produção democrática das leis e procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição”. A legitimidade do discurso estaria ameaçada.

Ainda: “[...] Habermas parece menosprezar a vagueza e a ambiguidade dos textos ínsitas aos textos jurídicos (inclusive os que tratam de procedimentos)” (STRECK, 2014, p. 174). É questionar: a que nível se daria uma exegese do texto procedimental se ele pretende um judiciário que apenas corrija os desvios do processo estabelecido na Constituição? Que se há de fazer quando esses enunciados forem ambíguos, vagos e poucos claros, já que não é dado ao Judiciário se imiscuir no conteúdo desses direitos?

Por fim, a terceira crítica que se deduz do modelo procedimental cuida do caráter fragmentário do discurso democrático que se realiza no Brasil através da democracia delegativa. Nesse ponto, Cambi (2009, p. 183) firma que:

A lei resulta de grupos de pressões (representantes de empresários ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g. voto das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante. Não é expressão pacífica de uma sociedade política internamente coerente, tampouco um ato impessoal, geral e abstrato, que traduza interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, mas um ato personalizado – proveniente de grupos identificáveis – que persegue interesses particulares.

Assim, no que tange ao processo legislativo formalmente constitucional, o que se observa é um distanciamento dos interesses populares dos âmbitos de discussão, o que se revela, inclusive, numa crescente banalização da política entre os cidadãos (DUARTE, 2012).

E se a lei se torna fragmentária, ocasional e cambiante, há uma quebra do discurso democrático (CIARLINI, 2013), pois os indivíduos deixam de se ver como fundadores do direito que devem exercer. Daí autores como John Rawls concluírem que o procedimentalismo permitiria se limitar por um sistema meramente legitimado, mas não necessariamente justo – ainda que para esse autor, também filiado ao paradigma procedimentalista, certo grau de injustiça seria justificável em prol de uma legitimidade do discurso (DUARTE, 2012).

Para além disso, se da Constituição não podem ser retiradas normas substanciais que permitam a proteção de direitos subjetivamente tutelados para se garantir um

procedimento justo, há que se ter consignado que não haveria caráter contramajoritário do texto constitucional, tornando possível que maiorias eventuais viessem a remover direitos e garantias conquistados historicamente (STRECK, 2014).

Em linhas gerais, do aqui disposto, cumpre acentuar que um modelo procedimentalista puro não tem como vigorar no Brasil sem causar uma grave mitigação a direitos. É dizer: a par do estabelecimento de uma regra meramente formal e pobre de conteúdo, cresce em possibilidade a chance de corrupção do discurso democrático, haja vista a impossibilidade da sua realização frente à falta de autonomia da maior parte dos atores sociais – carentes que estão de condições mínimas para o desenvolvimento de sua autodeterminação.

Contudo, podem ser instituídas soluções que possibilitem uma maior procedimentalização da participação democrática sem com isso extirpar o caráter substancial da exegese constitucional. Tal perspectiva, aqui apontada como um substancialismo moderado, é a que passa a se discutir no tópico que se segue.

4. Da democratização da justiça constitucional no Brasil através do procedimentalismo habermasiano – o substancialismo moderado.

Como verificado nos tópicos anteriores, tanto o substancialismo quanto o procedimentalismo, enquanto modelos hermenêuticos de jurisdição mostram características que podem ser nocivas a realização dos direitos fundamentais. O primeiro, a par de agigantar o papel do judiciário, abre larga margem para decisionismos e arbitrariedades. O segundo, calcado numa postura abstencionista e formal da jurisdição, parte da ideia de uma concepção em que os atores possuem condições iguais de discurso democrático, o que não é realidade em países de modernidade tardia como o Brasil e restou verificado no último tópico.

Nesse contexto, e partindo dos problemas demonstrados no substancialismo brasileiro e das críticas que se erguem ao modelo procedimental, cumpre verificar de que forma pode ser realizada uma mitigação do substancialismo através do procedimentalismo.

Mitigar o substancialismo, aqui, não quer dizer procedimentá-lo a fim de retirar toda a autonomia decisória da jurisdição e nem esvaziá-lo a fim de relegar aos atores públicos a solução de suas querelas, mas sim, criar instrumentos para a participação popular no bojo do processo, permitindo uma decisão revestida de maior legitimidade (CIARLINI, 2013). O caminho para um substancialismo moderado, portanto, é a participação popular e democrática no processo (LIMA, 2009).

Como visto alhures, Habermas baliza seus estudos na autonomia dos indivíduos. Para o filósofo de Frankfurt, a jurisdição constitucional deveria defender os procedimentos necessários para assegurar o consenso democrático (HABERMAS, 2012).

Nesse sentido, para uma leitura substancialista do modelo procedimental que alcance uma justiça constitucional legítima, como aduz Lima (2009, p. 26):

[...] imprescindível uma mudança na postura do judiciário, que enquanto depositário formal da função judicativa e dentro de sua competência constitucional de efetivador dos direitos, pela interpretação 'oficial' da norma legal, deve alargar sua esfera de democratização na construção da decisão judicial e na condução do processo em geral, mormente no caso da matéria constitucional, já que na debilidade social da cidadania ativa como autotuteladora da efetividade constitucional, faz-se necessária a presença de um judiciário que atue tanto no controle difuso como no concentrado de maneira a salvaguardar as garantias fundamentais e democráticas do cidadão ainda refém da miséria, da ignorância e da falta de consciência para o exercício da cidadania.

No Brasil, alguns instrumentos podem contribuir nesse processo de ampliação da participação democrática. São eles o *amicus curie*, a ação civil pública, as câmaras de conciliação e o uso das audiências públicas no bojo processo.

O *amicus curiae*, ou amigo da corte, é pessoa ou entidade, alheia a causa, que presta esclarecimentos e auxílios ao Tribunal quanto a matéria objeto do processo (MENDES, 2014). Constitui-se em importante instrumento pois, através dele, são fornecidas aos julgadores informações técnicas e sociais sobre o assunto *sub judice*, colaborando na ampliação do horizonte de julgamento do magistrado e permitindo manifestação popular. Seu objetivo precípua é proteger direitos fundamentais, sustentando para isso teses fáticas quanto à matéria tratada no processo.

Sua aplicação, contudo, era restrita às ações do controle de constitucionalidade, se encontrando regulamentada na lei 9.868/1999, sendo, inclusive, limitada a participação por escrito, até pouco tempo. Foi posteriormente incorporada a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001) no procedimento de incidente de uniformização de jurisprudência. Contudo, conforme se observa, a utilização do instituto era apenas de situações pontuais onde a decisão a ser prolatada pelo Tribunal poderia estar revestida de grandes proporções.

Todavia, com a publicação do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2005), o instituto foi alargado para qualquer ação civil em que o julgador verifique a pertinência e a relevância da participação, possibilitando um incremento significativo de participação popular na jurisdição.

O artigo 138 da referida lei, dispõe que o juiz, verificada a pertinência e a relevância da participação: “poderá, por decisão irrecorrível, [...] solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação”. Tal instituto, conforme exposto, garante, portanto, que haja uma maior participação democrática do processo e por isso se demonstra como importante ferramenta para a o desenvolvimento de uma justiça constitucional legítima.

O segundo instrumento pertinente a uma democratização do processo, na defesa de Ciarlini (2013) é a Ação Civil Pública. A ação civil pública, de competência do Ministério Público, estabelecida à CRFB/88 ao artigo 129, inciso III e regulada na lei 7.347/1985, tendo por escopo o os interesses difusos e coletivos, tais patrimônio público e social e do meio ambiente.

Seu conteúdo, contudo, foi alargado por uma série de legislações, dentre as quais a Lei 7.913/89 que trata de investimentos no mercado imobiliário, a Lei 7.853/89 que cuida das pessoas portadoras de deficiência, a Lei 8.069/90 que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras, afetas aos mais diversos direitos fundamentais.

Sua principal característica é ser uma ação que envolve direitos que podem prejudicar toda uma coletividade. No entanto, apesar do caráter extremamente popular, a Ação Civil Pública não possui previsão para participação democrática em seu procedimento, sendo o *amicus curiae*, por exemplo, inadmitido (OLIVEIRA, 2007).

É nessa seara que Ciarline (2013) propõe uma revisão do instituto. Para o autor, o procedimento deveria ser reeditado para autorizar a participação popular mediante *amicus curiae*, receber o estabelecimento de audiências públicas – obrigatórias ao procedimento de instrução. Em suas palavras “A sentença prolatada como resultado de uma ação civil pública não deve, portanto, deixar de pressupor a deliberação plural” (CIARLINI, 2013, p. 238).

A democratização do procedimento seria de vital importância, pois, dentre outros aspectos, o julgador muitas vezes desconhece as mazelas subjacentes ao caso *sub judice*. A participação dos *amicus curiae*, cuidaria de trazer instituições ao processo que poderiam demonstrar os quadros técnicos e sociais que envolvem a questão. Por sua vez, as audiências populares - que serão melhor explicadas a seguir -, cuidariam de garantir que a própria coletividade opinasse no processo, ajudando a formação de uma sentença democrática e plural.

Tal cenário possibilitaria a participação popular direta na criação de uma norma que, por força do efeito *erga omnes* que se atribui a Ação Civil Pública, poderia ser utilizada em casos análogos. Haveria, pois, uma verdadeira criação do direito com a participação do judiciário. Define o autor:

Mostra-se imprescindível, portanto, atentar-se ao fato de que, para o fim de determinação de baliza ao exercício de certos direitos subjetivos constitucionais *in concreto*, o ajuizamento de uma ação civil pública corresponde, em verdade, ao início de um processo de elaboração da norma jurídica genérica, *aplicável erga omnes*, inclusive com a extensão dos efeitos do julgado aos casos futuros e análogos, ocasião em que caberá ao judiciário a última palavra sobre a densificação de seus elementos normativos (CIARLINE, 2013, p. 239).

O autor adverte, contudo, que nos moldes descritos o instituto não pode ser trabalhado como vem sendo, servindo de ancoradouro a pretensões individuais. Nem deverá, nesta perspectiva, servir a julgamentos de exegese meramente subsuntiva. A sentença prolatada deverá, nos moldes já discriminados, ser construída, levando em

consideração a norma posta, o interesse social e as questões levantadas pelos atores envolvidos.

Ademais, conforme o desejo do filósofo de Frankfurt, a tratativa da Ação Civil Pública nos moldes discriminados, levará a uma maior identificação entre o direito o povo, fazendo com que a população se reconheça nos direitos construídos mediante discussão plural (HABERMAS, 2012).

Outro instituto que pode auxiliar a construção de um substancialismo moderado é a audiência pública. A audiência pública, no conceito de Moreira Neto (1992, p.27) é “um instrumento de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando a legitimação administrativa formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e posições que podem conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual”. Daí se afirmar que a audiência pública é o próprio corolário do princípio democrático e um dos fundamentos da CRFB/88, que estabelece a cidadania.

De se observar que a participação democrática, é, *per si*, um direito humano, encontrando guarita na Declaração de Direitos e Deveres do Homem, no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. No entanto, enquanto o direito a participação é listada tanto como direito fundamental quanto como direito humano, a execução de audiência pública depende procedimentalização e de previsão expressa (MOREIRA NETO, 1992).

Nesse sentido, no que tange a legislação brasileira, a audiência pública possui diversas previsões, que vão desde a participação na esfera legislativa e na Administração Pública até, por fim, a seara jurisdicional. A própria CRFB/88 cuida de pontuar a necessidade desse instituto em algumas situações como no artigo 29, inciso XXI que trata do planejamento municipal, no artigo 58, parágrafo 20, inciso II, que exige as audiências públicas com entidades da sociedade civil na edição de matérias de competência do Congresso Nacional, no artigo 194, parágrafo único, inciso VII que cuida das decisões administrativas sobre seguridade social e no artigo 198 que trata do planejamento de saúde.

Na seara judicial, a previsão para a convocação de audiência pública ficou a cargo das legislações atinentes ao controle de constitucionalidade – respectivamente, as Leis [9.868/99](#) e [9.882/99](#), sendo, portanto, extremamente modesta. Muito recentemente, com a edição do Novo Código de Processo Civil, as hipóteses foram alargadas para permitir o instituto nos casos de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, §1º).

Uma leitura mais procedural do substancialismo pátrio, exigiria uma ampliação dessas hipóteses e, principalmente, o estabelecimento de procedimento para a sua realização dentro do processo.

Destaque-se que junto a Ação Civil Pública, a guisa do exposto, a audiência pública já vem sendo empregada em algumas ações, muito embora minoritárias e de

baixa expressão. Tal fato decorre do poder conferido ao Ministério Público, donde, o artigo 27 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público) determina que para o fiel desempenho de suas funções o *parquet* pode se valer da audiência pública. Há aqui, apenas que se procedimentalizar o instituto destacando as ações em que ele é cabível e àquelas em que seu uso deveria ser obrigatório.

Como muito bem destaca Moreira Neto (1992), a decisão judicial, seja ela qual for, quando precedida de audiência pública, encontrará legitimidade muito superior àquela arbitrada sem a sua realização.

Por fim, o último meio apontado como meio de mitigação do substancialismo pelo procedimentalismo, é a realização da conciliação e da mediação. Ambos institutos já possuem ampla difusão no Brasil sendo importante passo no desenvolvimento da autonomia dos indivíduos a realização consensual de suas querelas.

Por meio da conciliação, as partes, acordam a resolução de seu litígio (HORACIO, 2007). Na mediação por sua vez há um “Ato de intervenção de uma pessoa em negócio ou contrato que se realiza entre outras” (HORÁCIO, 2007, p. 613). É dizer: o primeiro pressupõe um entendimento sem intervenção, o segundo com a participação de um terceiro, o mediador.

Embora inaplicável em querelas que envolvam direitos sociais e direitos difusos e coletivos, a conciliação se demonstra meio apto a desenvolver uma leitura procedimentalista nas causas individuais, onde o direito fundamental ferido se encontra em liame horizontal (indivíduo-indivíduo), e não horizontal (Estado-indivíduo).

Nesses casos, a decisão judicial apenas homologa o entendimento das partes, sendo a sentença, portanto, fruto do consenso atingido pelas partes (MARINONI, 2003). Trata-se, portanto, de instrumento relevante para que os partícipes do processo se reconheçam no direito fundado pela decisão.

De se salientar que em importante inovação legislativa, o Novo Código de Processo Civil estabelece já em seu título “DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL”, que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Art. 3º, §3º, Lei 13105/2015).

Outrossim, o mesmo diploma estabelece em seu artigo 334 que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação [...]”. É dizer, com a égide da lei Processual Civil, restou estabelecido que previamente a qualquer movimentação no processo, mesmo antes da apresentação de contestação, as partes serão reunidas para uma tentativa amistosa de solução do litígio. Tal fato encontra-se em sincronia com a busca de uma mitigação do substancialismo judiciário, possibilitando um procedimento hábil de autocomposição de querelas.

Tais institutos aqui apontados, mormente o *amicus curiae*, a Ação Civil Pública, a audiência pública e a conciliação, aparecem assim como importantes formas de democratização do processo, contribuindo para a legitimidade das decisões judiciais que se encontram, cada vez mais, distantes dos atores sociais.

A par das peculiaridades do sistema judicial brasileiro, como bem aduz Ciarlini (2013, p. 246): “[...] a saída possível para enfrentar os efeitos perversos do protagonismo judicial, insista-se, consiste na adoção, pelo juiz, de uma conduta compatível com a feição instrumental do processo”.

Reitere-se, que tal instrumentalização não tem como condão o engessamento do julgador, que continua tendo o poder decisório. Contudo, viabiliza a participação popular de forma a influenciar a prolação da sentença, gerando sentenças mais legítimas.

Ante o exposto, verifica-se que tais institutos representam importantes contribuições da exegese procedimentalista para a mitigação do substancialismo, equilibrando a constante tensão entre pluralismo e universalismo.

5. Considerações finais

A atual posição do texto constitucional como topo do ordenamento jurídico implicou em importantes alterações na dinâmica da teoria do Estado, na Teoria da Constituição e na Teoria da Decisão.

Tem-se, nessa última, que o papel desempenhado pela jurisdição constitucional - substancialismo e procedimentalismo - indica uma correspondência com uma determinada ideologia estatal: pluralismo ou universalismo. O objetivo do trabalho, nesse contexto, foi buscar um equilíbrio entre esses polos, criando uma teoria de jurisdição constitucional adequada a um país de modernidade tardia, como o Brasil.

Para tal análise, partiu-se do contexto fático brasileiro, analisando o momento de implementação do neoconstitucionalismo pelo Brasil e de como a jurisdição constitucional se adequou a esse fenômeno. Verificou-se, assim, inicialmente, que predominou em *terrae brasilis* uma leitura substancial da Constituição. As principais conclusões aqui desenvolvidas são as que se seguem:

1. O substancialismo desenvolvido no Brasil "mixou" diversas abordagens hermenêuticas, sendo a teoria de Robert Alexy a mais aceita e a mais difundida. Verificou-se como funciona o sistema de ponderação de valores e princípios desenvolvido pelo autor, e também, como tal sistema foi modificado no Brasil, transformando-se num enunciado performático que passou a abrigar toda sorte de arbitrariedades e decisionismos.

2. Como contraponto ao pensamento substancialista estabelecido no Brasil, procurou-se, inicialmente, mostrar o procedimentalismo de Habermas. Habermas estabeleceu um modelo meramente formal de jurisdição, mas acima disso um modelo de sociedade, estruturado sobre o diálogo e o consenso. Em sua compreensão um direito

legítimo é um direito criado pelos próprios cidadãos, através dos procedimentos constitucionalmente garantidos. Contudo, viu-se que tal sistema não pode ser aplicado a inteireza no Brasil, dado o caráter fragmentário do modelo democrático, da falta de condições materiais básicas de boa parcela da população e pela alta carga de centralização de tarefas no Executivo.

3. Vistas tais premissas, buscou-se encontrar meios de mitigação do substancialismo através de ideias procedimentalistas, tentando encontrar as bases para a construção de um substancialismo moderado. Para tanto, foram elencados quatro institutos que podem ampliar a participação democrática no processo, possibilitando decisões mais legítimas: o *amicus curiae*, a ação civil pública, as audiências públicas e as conciliações e/ou mediações.

4. O *amicus curiae* é um instituto que permite a participação de terceiros alheios ao processo que possam trazer informações sociais ou técnicas sobre o assunto em julgamento. É uma forma de ampliar a participação democrática no processo pois permite, embora de forma limitada, que o juízo conheça as especificidades alheias ao direito que envolvem a situação, por meio de participação dos cidadãos.

5. A Ação Civil Pública, nos termos destacados é o mais importante meio processual de democratização do processo. Através dela, a população pode participar da formação de uma regra - a decisão - legitimada pelo debate popular. Nesse sentido, haveria a necessidade de uma melhor instrumentalização do instituto, diminuindo a visão individualista do instituto, e ampliando os recursos de participação, como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

6. As audiências públicas são o principal instrumento de democratização. Através de uma regulamentação rígida de casos facultativos e casos obrigatórios de utilização, ela pode elevar o grau de legitimação das decisões judiciais, através da formação de uma decisão plural, com a consideração de todos os atores envolvidos.

7. Por fim, verificou-se que no campo das relações horizontais (indivíduo-indivíduo), as audiências de conciliação e mediação realizam um importante incremento da discussão plural, vez que, nessas situações, os próprios indivíduos acordam a cerca dos seus direitos de forma livre e democrática.

8. Tais institutos, portanto, a par de trazerem a sociedade para o processo cuidam de realizar uma mitigação do excesso de poder deixado a cargo do judiciário, vez que mesclam aspectos procedimentais e substanciais. Outrossim, cuidam de equilibrar pluralismo e universalismo, acabando com uma versão maquiéista sob a qual os institutos tem sido trabalhados. Ajudam, assim, a construir um substancialismo moderado adequado a países de modernidade tardia, como o Brasil.

Referências

- ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. reimp. São Paulo: Landy Editora, 2008b.
- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.
- ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 05/2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>> Acesso em: 9 jul. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- _____. **Lei n 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 jul. 2017.
- _____. **Lei n 7.347, de 24 de junho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.
- CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CIARLINI, A. L. de A.S. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COTRIM, G. **Fundamentos de Filosofia: história e grandes temas**. 16. ed. reform. amp. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COURA, A. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional: para uma crítica da “jurisprudência dos valores” à luz da teoria discursiva de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

- DUARTE, B. A. F. **Direito à saúde e teoria da argumentação**: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia entre facticidade e validade**: Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. reimp. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia entre facticidade e validade**: Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. reimp. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.
- LIMA, N.O. A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais. Vituajus, 2009. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Vituajus/1_2009/Discentes/A%20jurisdicao%20constitucional%20procedimentalista.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2017.
- MACIEL, J. F. R. **Formação Humanística em Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012
- MASCARO, A. L. Os horizontes filosóficos do neoconstitucionalismo. In: FRANCISCO, J. C. **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional**: Do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**: Legislativa, Administrativa, Judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- OLIVEIRA, E.S. **Prática Constitucional**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FUNÇÃO DO ERRO JUDICIÁRIO: UM PARALELO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO PORTUGUÊS.

THE CIVIL LIABILITY OF THE STATE IN THE FUNCTION OF THE JUDICIARY ERROR: A PARALLEL BETWEEN BRAZILIAN LAW AND PORTUGUESE LAW.

Nina Gabriela Borges Costa¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Charles de Sousa Trigueiro²

Universidade de Coimbra

Sumário: Introdução; 1. Responsabilidade civil do Estado; a) Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado; b) Responsabilidade civil do Estado no direito Português.; c) Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro; 2. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais; 3. O erro judiciário; a) Conceito; b) Espécies de Erros Judiciários; c) Efeitos processuais do erro judiciário; i. Portugal; ii. Brasil; 4. Conclusão; 5. Referências

Introdução

O presente trabalho visa abordar acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado, especificamente no que tange a responsabilidade pelo exercício da atividade judicial, o que pode resultar no erro judiciário.

Pois, há dois séculos começou uma intensa discussão no que tange a responsabilidade civil extracontratual do Estado, tendo recebido diversos tratamentos e teorias ao longo da evolução das sociedades, variando de acordo com o tempo e com o espaço.

Anteriormente, não existia sequer a ideia de responsabilidade do Estado, visto que prevalecia o argumento de que o Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes, uma vez ser ele um ente supremo e soberano.

Ultrapassada a ideia de irresponsabilidade do Estado, passou a vigor a responsabilidade subjetiva do Estado, a partir da existência de culpa de seus agentes, dando origem a chamada teoria civilista da culpa. Porém, esta também não prevaleceu surgindo, assim, a teoria publiscista, sendo esta a primeira teoria de responsabilidade do

¹ Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Graduada em Direito pela - PUC-MG. Mestre em Direito Fiscal pela Faculdade de Direito de Coimbra - UC.

² Técnico Administrativo em Educação, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal da Paraíba - UFPB, Doutorando em Direito Público - Universidade de Coimbra - UC.

Estado segundo os princípios do Direito Público, a qual irá dispensar completamente o elemento subjetivo, cabendo apenas que se comprove o nexo entre fato e dano.

Tais teorias se aplicaram tanto no direito Português, como no direito brasileiro, vindo a evoluir cada vez mais, até se chegar à ideia de responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional nos dois países.

O direito Português deu origem ao novo decreto-lei n.º 67/2007, o qual passou a estabelecer especificamente sobre a responsabilidade do Estado, pelos exercícios das funções legislativas, administrativas e judiciais. Já o direito brasileiro após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou a estabelecer em seu artigo 37, parágrafo 6^a uma nova teoria de responsabilidade, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal dispositivo veio confirmar, assim, a responsabilidade objetiva do Estado que deverá sempre responder pelos atos de seus agentes, sendo eles da esfera administrativa, legislativa ou judiciária. E ainda, em seu artigo 5º, LXXV, estabeleceu que: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Porém, o que se percebe é que mesmo diante dessa evolução sofrida tanto pelo direito Português, quanto pelo direito Brasileiro, ambas ainda possuem problemas, os quais devem ser estudados e discutidos para poder ponderar uma perfeita aplicação da responsabilidade civil do Estado, conforme veremos. Uma vez que, tanto no direito português, quanto no direito Brasileiro, o legislador foi completamente omissos no que tange à definição do que vem a ser erro judiciário, dando margem à Jurisprudência solucionar os litígios conforme a sua própria conveniência.

Com isso, ao longo do presente trabalho, tentaremos propor uma reforma no sentido de definir especificamente o conceito de erro judiciário, a partir da exposição dos problemas sofridos pelo agente lesado, o qual não tem o seu direito a reparação do dano salvaguardado pelo Estado, nem tampouco pela justiça.

Para tanto, será feita uma análise crítica acerca da responsabilidade do Estado por erro judicial, o qual deve aplicar não apenas no caso de revisão criminal, como é o caso do Brasil, mas, também, em caso onde se verificar qualquer lesão ao direito individual do cidadão, seja no âmbito criminal, pela prisão ilegal, no âmbito cível, ou administrativo, no caso de não concessão de uma liminar, ou ainda no âmbito tributário, trabalhista e etc.

1. Responsabilidade civil do Estado

a) Evolução Histórica da Responsabilidade do Estado

Antes de se adentrar especificamente ao tema, é importante salientar que a compreensão de responsabilidade advém da ideia de resposta, ou seja, da ideia de responder ou replicar algo, há quem diga, também, a ideia de sujeição às consequências de um comportamento. Dessa feita, quando se refere à responsabilidade jurídica, essa por sua vez implica o fato de que determinada pessoa, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica por algum fato a ele imputado, sendo ele comissivo ou omissivo. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 541)

Com isso, tem-se que a responsabilidade civil do Estado se traduz como a possibilidade de qualquer cidadão ter o direito à reparação de algum dano sofrido em virtude da ação ou omissão por parte do Estado.

O instituto da Responsabilidade Civil do Estado é relativamente recente no cenário jurídico mundial, tendo recebido diversos tratamentos e teorias ao longo da evolução das sociedades, variando de acordo com o tempo e espaço.

O primeiro tratamento dispensado ao tema foi da irresponsabilidade, que logo após caminhou-se para a responsabilidade subjetiva, e posteriormente para a responsabilidade objetiva.

Em meados do século XIX, época dos Estados absolutos, onde se assentavam na ideia de soberania do Rei, e de que este não cometia erros "*the king can do no wrong*", havia o ideal de que o Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. "Pois qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria coloca-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania." (DI PIETRO, 2009, p. 525)

Porém, tal teoria não prevaleceu por muito tempo na maioria dos países, e começou a perder força, sendo substituído pelas ideias de Estado de direito, uma vez que ele não poderá deixar de responder quando, por seus atos, causar juízos a outrem.

A noção de que o Estado era um ente supremo, entrelaçada com a velha teoria da intangibilidade do soberano, que o tornava insuscetível de causar danos e ser responsável, foi substituído pela do Estado de Direito, segundo a qual deveria ser a ele cominados os direitos e deveres comuns às pessoas jurídicas. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 544)

Desta forma, a teoria da irresponsabilidade do Estado foi completamente superada em vários países, incluindo os Estados Unidos da America e a Inglaterra, por meio do Federal Tort claim act de 1946, e Crow proceeding act, de 1947.

No fim do século XIX, a superação da teoria da irresponsabilidade foi substituída pela responsabilização do Estado a partir da existência de culpa de seus agentes, dando origem a chamada teoria civilista da culpa.

Nesta fase a responsabilidade se dividia em atos de império e atos de gestão. Os atos de império seriam praticados pela administração com todas as suas prerrogativas e privilégios, sendo imposto de forma coercitiva ao particular independente de autorização. Já os atos de império seriam praticados pela administração em situação de igualdade com os particulares, para conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços. (DI PIETRO, 2009, p 526)

Se o Estado produzisse um ato de gestão poderia ser ele civilmente responsabilizado, porém, se produzisse um ato de império não haveria responsabilidade, uma vez que o fato seria regido pelas normas do direito público, sempre protetivas ao ente estatal. (CARVALHO FILHO, 2012, p.545) Assim, essa distinção tinha o intuito de separar a pessoa do Rei da pessoa do Estado, para que o Rei nunca fosse civilmente responsabilizado perante terceiro.

Porém, essa teoria acabou por trazer grande inconformismo entre as pessoas lesadas pelo Estado, pois de fato não é simples distinguir o que seria um ato de império ou um ato de gestão.

Logo em seguida, após longa evolução, surge a primeira teoria de responsabilidade do Estado, segundo os princípios do Direito Público, a qual advém a partir da jurisprudência francesa proferida em 8 de fevereiro de 1873 pelo tribunal de conflitos Francês. (COUPER, 2012).

Tal acórdão famosamente denominado como caso Blanco consolidou expressamente a competência dos tribunais administrativos em matéria de responsabilidade do Estado.

Após Agnès Blanco ser abarrotada por uma Vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo, ao atravessar a rua na cidade de Bordeaux, seu pai promoveu uma ação de indenização, sob alegação de responsabilidade civil do Estado pelo dano causado à terceiro, devido à ação danosa de seus agentes. Entretanto, o Tribunal de conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, por tratar-se de responsabilidade advinda do funcionamento do serviço público. (DI PIETRO, 2009. p. 526)

Segundo o tribunal de conflitos francês, a responsabilidade do Estado não poderia ser regida pelos princípios do código civil, mas deverá obedecer a regras especiais. (FAUSTO DE QUADROS, 2004, p. 228)

Foi a partir de então, que deu origem a teoria da responsabilidade do Estado por culpa do serviço ou culpa administrativa, segundo a qual procura desatrelar a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Uma vez que não se faz necessário identificar o agente causador do dano, bastando comprovar o mau funcionamento do serviço público, também chamado pela doutrina de culpa anônima ou falta de serviço.

Para essa teoria, a falta do serviço ocorrerá nos casos em que o serviço não funcionar, o serviço funcionar mal, ou funcionar em atraso.(CARVALHO FILHO, 2012,

p.546) Assim, em qualquer destas hipóteses ocorre culpa do serviço, o que fará com que o Estado responda independente de qualquer análise de culpa do funcionário.

Após esse grande avanço da teoria da culpa no serviço, inaugurou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a qual irá dispensar completamente o fator culpa, cabendo apenas que se comprove o nexo entre fato e dano.

É chamada teoria da responsabilidade objetiva, por prescindir a apreciação do elemento subjetivo, sendo também chamada de teoria do risco por partir do ideal de que a própria atuação estatal pode gerar risco de dano. (DI PIETRO, 2009, p. 529)

Segundo o saudoso Hely Lopes, essa teoria se divide em risco administrativo e risco integral. Para ele, no risco administrativo há a possibilidade de causas excludentes de responsabilidade como, por exemplo, a culpa da vítima, culpa de terceiro ou força maior. (MEIRELES, 2012, p.562)

A partir de então, após longos anos de evolução chegamos ao ideal de responsabilidade objetiva do Estado, ou seja, o Estado deixa de ser visto como Estado soberano, em que o Rei se exime de qualquer responsabilidade, para transformar o Estado como ente responsável por qualquer ação ou omissão que cause danos ou prejuízos a terceiro, devendo esse responder independentemente de culpa, pois caberá ao agente lesado apenas a comprovação de que determinado dano sofrido teve como causa a atuação estatal.

Dessa forma, pode-se acolher a responsabilidade do Estado por atos que causem prejuízos na esfera jurídica dos particulares, os quais tenham sido prejudicados pelo exercício das três grandes funções do Estado, sejam elas, administrativa, legislativa ou jurisdicional. (FAUSTO DE QUADROS, 2004, p. 52)

b) Responsabilidade civil do Estado no direito Português.

O Direito Português tinha seus fundamentos na teoria da irresponsabilidade do Estado. Porém, com a Constituição de 1822, passou a estabelecer a responsabilidade dos funcionários públicos pelos danos ilícitos cometidos no exercício das suas funções. Sendo acolhida no Código Civil de 1867, a qual trazia um título dedicado à responsabilidade por perdas e danos causados por empregados públicos no exercício das funções. (CORDEIRO, 2010, p. 626)

De acordo com as disposições do código civil de 1867, a irresponsabilidade do Estado era a regra, aplicando, ainda, a irresponsabilidade do funcionário público pelos prejuízos que causassem no desempenho das obrigações que por lei lhes incumbiam, salvo se excedessem ou não cumprissem as disposições da mesma lei. (MESQUITA 2004, p. 56)

Somente pelo Decreto n.º 19.126 de 16 de dezembro de 1930, o qual veio alterar o disposto no artigo 2.399 do Código Civil, é que surgiu pela primeira vez a responsabilidade civil do Estado de forma solidária com seus funcionários e agentes,

passando a admitir a responsabilidade civil da Administração por atos ilícitos culposos praticados pelos seus órgãos ou agente nos exercício de suas funções.

Posteriormente, o Código administrativo de 1936/1946 veio referir as hipóteses de responsabilidade das autarquias locais pelos atos praticados com ofensa de lei pelos seus órgãos e agentes, dentro do âmbito de suas atribuições e competência, com observância das formalidades essenciais e para a realização dos fins legais.

Logo após, veio a publicação do código civil de 1966, o qual veio consagrar o regime da responsabilidade do Estado e de outras pessoas coletivas públicas, pelos danos causados a terceiro por atos dos seus órgãos, agentes ou representantes no exercício de atividades de gestão privada, o que alterou o panorama do direito positivo então vigente em matéria de responsabilidade da Administração. Porém, este não veio regular toda a matéria de responsabilidade por danos causados pelos seus órgãos, agentes e funcionários no exercício de atividades de gestão privada, criando assim a ausência de regulação legal no tocante à responsabilidade por danos causados por atividades diferentes de gestão privada, situação esta que se manteve até a edição do decreto lei n.º 48.051 de 21 de novembro de 1967. (MESQUITA, 2004, p. 63)

A lacuna deixada pelo código civil de 1966 foi solucionada, como referido acima, através do decreto lei n.º 48.051 de 21 de novembro de 1967, estabelecendo o regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas no domínio dos atos de gestão pública, vindo regular não apenas a responsabilidade do Estado e demais pessoas coletivas públicas, em virtude de atos ilícitos culposos, mas também a chamada responsabilidade administrativa por fatos casuais e por atos ilícitos. (MESQUITA, 2004)

Tal decreto veio alterar, ainda, alguns dispositivos do código administrativo, que se referia acerca da responsabilidade das autarquias locais.

Porém, com o tempo, a doutrina passou a ver a necessidade se rever o antigo regime. Com isso, a partir da década de 90 uma comissão de juristas havia preparado um projeto, visando substituir o Decreto-Lei n.º 48.051, e entre idas e vindas, em 31 de dezembro de 2007 surge o Decreto-Lei n.º 67/2007 que aprova em anexo o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, vindo a sofrer uma alteração, constante da Lei n.º 31/2008, de 17 de Julho. (CAUPER, 2012)

c) Responsabilidade do Estado no Direito Brasileiro

O Direito Brasileiro nunca adotou a teoria da irresponsabilidade do Estado, uma vez que seus doutrinadores e tribunais sempre rejeitaram legalmente tal teoria.

A primeira Constituição da República Federativa do Brasil de 1824 não trouxe em seu texto menções sobre a responsabilidade do Estado, nem tampouco a Constituição da República de 1891. Tais Constituições previam apenas a responsabilidade do funcionário, em decorrência de abuso ou omissão por eles praticada.

Neste período haviam leis ordinárias, prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como solidária com as do funcionário nos casos de dano causado por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correios.(DI PIETRO, 2009, p.645)

Foi apenas após a edição do Código Civil de 1916 que a responsabilidade do Estado passou a ser tratada taxativamente em seu artigo 15, o qual previa, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Perceba-se que tal dispositivo nos remete a teoria subjetiva, ou teoria da culpa, haja vista a necessidade de se averiguar a culpa na conduta do agente estatal. Porém havia autores, os quais acreditavam estar frente à iminência da responsabilidade objetiva do Estado.

A partir de então, as Constituições da República de 1934 e a de 1937 acolheram a ideia de responsabilidade solidária entre o Estado e funcionário, dispondo, *in verbis*: "Os funcionários são responsáveis solidariamente com a fazenda Nacional, Estadual e Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos".

Foi somente na Constituição de 1946 é que se adotou a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que esta passou a estabelecer, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público interno, são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causem a terceiros, cabendo-lhes ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Tal responsabilidade foi acolhida também pela Constituição da República de 1967, em seu artigo 105, modificando apenas o fato de que caberia ação regressiva nos casos de culpa ou dolo. O que permaneceu intocável, ainda, após a Emenda Constitucional de 1969.

Devido a grandes fatores históricos houve a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual seguiu o mesmo posicionamento que já vinha sendo acolhido, quanto a Responsabilidade objetiva do Estado.

A Constituição da República de 1988 passou a estabelecer em seu artigo 37, § 6º, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Já o Código Civil de 2002, alterou o disposto no artigo 15 do Código Civil de 1916, e passou a estabelecer em seu artigo 43, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Desta forma, diante destes novos termos, há que se reconhecer que o Código Civil passou a disciplinar o tema em estrita consonância com a vigente Constituição da República. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 548)

2. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

Entende-se por atos jurisdicionais, todos aqueles praticados pelos magistrados no exercício de suas respectivas funções, sendo atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, decisões interlocutórias e as sentenças (CARVALHO FILHO, 2012, p. 569)

A partir do estudo acerca do que vem a ser atos jurisdicionais, mister se faz realizar um estudo referente a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicional, ou seja, qual a consequência jurídica de um ato advindo do Magistrado, que por ventura acarrete dano ao sujeito de direito.

Haja vista que a atuação jurisdicional, em qualquer processo, seja cível, criminal, trabalhista ou tributário, pode gerar, para o Estado, o dever de ressarcir os prejuízos causados em decorrência do seu comportamento, se ao lesado não for imposto o dever de suportar este gravame. (RIBEIRO, 2002)

Apesar de existirem inúmeras situações, em que poderá haver uma atuação lesiva por parte do Juiz no exercício da jurisdição, trataremos apenas da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, e posteriormente faremos uma análise das consequências destes erros no ordenamento jurídico português, bem como no ordenamento jurídico brasileiro, conforme veremos.

3. O erro judiciário

a) Conceito

O erro judiciário pode se dar pelo mau enquadramento dos fatos ao mundo do direito, ou pela errônea aplicação das normas, a qual viole o direito de outrem.

Em outras palavras, o erro judiciário deve ser interpretado como erro judicial equivocado, o qual cause lesão a qualquer cidadão, seja na esfera penal, civil, trabalhista, tributária etc. Sendo esta a corrente adotada por Maria Sylvia Zanella, a qual estabelece

que o erro judiciário pode ocorrer em diversos ramos do Direito, podendo decorrer de erro dolo ou culpa (DI PIETRO, 2009, p. 535).

O erro judicial independentemente do processo onde ele possa emergir, pode ter consequências dramáticas para os cidadãos que procuram a justiça, não sendo justo restringir o direito à indenização apenas ao erro penal. (SANTOS, 2010)

Diante do erro judiciário, é mister salientar que o que se deve considerar é o fato de que nada do que acontece em nome do Estado e no interesse da coletividade, mediante as ações ou omissões das suas instituições, pode ser imune ao dever de reparar os danos provocados aos particulares. (CAUPER, 2012),

A partir daí, faz necessário estudar acerca das espécies de erros judiciários possíveis, em relação ao direito do lesado à reparação do dano sofrido.

b) Espécies de Erros Judiciários

Levando-se em consideração que o ato jurisdicional consiste em todos aqueles atos praticados pelo judiciário no exercício de suas funções, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças. Temos que, evidentemente, o erro derivará de um destes elementos, o qual poderá resultar em graves consequências às vítimas, como, por exemplo, em penas privativas de liberdade e pena de morte em alguns países.

Alguns doutrinadores brasileiros classificam o erro judiciário em duas espécies, quais sejam, *errores in procedendo* e *errores in iudicando*, ou seja, erro de procedimento ou erro de julgamento. (MOSSIM, 1997).

Para estes estudiosos, se o erro vier de uma decisão ou de um despacho, teremos o erro de procedimento. Porém, se o processo teve fim com uma sentença, haverá o erro de julgamento.

Há autores, que especificam, ainda, acerca das causas do erro judiciário, sendo estes, o erro ou ignorância; o dolo e a simulação ou fraude; o erro judiciário decorrente da culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei.

Identificado o que vem a ser erro, as espécies e causas do erro judiciário deve-se analisar o que de mais importante, qual seja, o efeito processual do erro de acordo tanto com o ordenamento jurídico brasileiro e suas jurisprudências, como o ordenamento jurídico português e sua jurisprudência, conforme se segue.

c) Efeitos processuais do erro judiciário

i. Portugal

O Direito português é marcado por uma grande inovação trazida pelo decreto-lei n.º 67/2007, pois pela primeira vez passou a estabelecer acerca da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, haja vista que o regime anteriormente vigente, qual seja o

decreto-lei n.º 48.051, tratava apenas da responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função administrativa.

Porém, antes de adentrarmos diretamente aos efeitos processuais do erro judiciário no ordenamento jurídico português, mister se faz expor a evolução história deste instituto até a sua recente aplicação, de acordo com o então vigente decreto-lei n.º 67/2007, bem como as jurisprudências mais atuais.

Segundo vários doutrinadores, foi a partir da Constituição da República de 1976, que a responsabilidade passou a ser também do Estado e não apenas do Magistrado, havendo a responsabilidade solidária do Estado com os titulares de seus órgãos, por ações ou omissões praticadas no exercício de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

Pois, segundo a Doutora Paula Costa e Silva, nem a Constituição da República de 1911, nem a mesma a de 1933, previam a responsabilidade direta do Magistrado. Não constavam quaisquer regras que imputasse uma eventual responsabilidade ao Estado pelo erro na decisão do Magistrado. (2010, p. 45)

Porém, conforme já visto, o Código Civil de 1867, previa tanto a responsabilidade do Estado que com sua ação provocasse dano a terceiro, como a responsabilidade do comitente pelos atos do comissário, fazendo com que instintivamente sempre imputasse a responsabilidade por erro judiciário ao Estado. Entretanto esta não era a realidade da doutrina, a qual partia da ideia de irresponsabilidade do Estado. (SILVA, 2010, p. 46)

Em 1939 é publicado o Código de Processo civil, o qual prevê em seu artigo 1.092 e seguintes, uma ação especial de responsabilidade dos Juízes e dos Magistrados do Ministério Público por perdas e danos, quando houvessem sido condenados por crime de peita, suborno, concussão ou prevaricação, quando tivessem agido com dolo, quando a lei lhes imputasse a obrigação de indenizar e quando houvessem denegado a justiça. Sendo este regime também adotado pelo Código de Processo Civil de 1961.

Logo após, como já visto, surge o decreto-lei n.º 48.051 de 21 de novembro de 1967. Tal decreto-lei regulava acerca da responsabilidade do Estado por atos dos seus agentes, o que veio causar grande divergência, ou seja, havia a dúvida se o decreto regularia apenas a responsabilidade do Estado por atos administrativos, ou se alcançaria também a responsabilidade do Estado pela atividade legislativa e por danos provocados por erro judiciário.

Em 1976 é publicada a nova Constituição da República Portuguesa, trazendo o que consta no artigo 22, o qual visa regular a responsabilidade do Estado por atos praticados pelos titulares dos seus órgãos no exercício de suas respectivas funções. A partir de então, o Estado passa a responder pelos atos praticados ao abrigo de qualquer função entre eles a função jurisdicional. (SILVA, 2010, p. 49)

Pela primeira vez trataria de uma responsabilidade que cairia também ao Estado solidariamente, em termos externos e não apenas ao Magistrado. Uma vez que a responsabilidade do Estado concorreria com a responsabilidade do autor do ato lesivo.

Entretanto, somente com o decreto-lei N.º 67/2007, é que veio regular especifica e diretamente sobre questões relativas à responsabilidade por erro judiciário.

- *Decreto-lei n.º 67/2007 e o exercício da função jurisdicional*

O decreto-lei n.º 67/2007, vem prever o regime da responsabilidade civil do Estado decorrente do exercício da função jurisdicional, a partir dos seus artigos 12º a 14º, estabelecendo regras acerca do regime geral da responsabilidade do Estado no que tange a responsabilidade por erro judiciário e por fim sobre a responsabilidade dos Magistrados.

Ao analisarmos o artigo 12º do referido decreto-lei, verificaremos se tratar da regra geral, haja vista estabelecer, *in verbis*:

Artigo 12.º

Regime geral

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

Como se pode perceber, este artigo estabelece que nos casos de danos ilicitamente causados pela administração da justiça, especificamente por violação ao direito de uma decisão em prazo razoável, será aplicado o regime da responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função administrativa, isto é, nos casos em que não se aplicarem o erro diretamente judicial, aplicará os artigos referentes à função administrativa.

Isso porque, quando se refere em responsabilidade pela administração da justiça será adotado a responsabilidade do Estado pelas atuações não materialmente jurisdicional, sendo assim uma responsabilidade simétrica àquela que se estabelece para atuações administrativas. (SILVA, 2010, p. 51)

Desta forma, a mesma autora exemplifica dizendo que se tiver em causa a prática de um ato jurisdicional aplicar-se-á a responsabilidade constante no artigo 13º. Porém, se o ato não for materialmente jurisdicional será aplicada a responsabilidade constante no artigo 12º, sendo esta uma responsabilidade parametrizada pela responsabilidade prática de ato administrativo. Neste caso aplicar-se-ão os artigos 7º e 8º da nova lei de responsabilidade civil extracontratual do Estado, as quais estabelecem que, *in verbis*: (ANDRADE, 2008, p. 364)

Artigo 7º

1 — 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. (...)

3 — O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

Artigo 8.º

1 — Os titulares de órgãos, funcionários e agentes são responsáveis pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas, por eles cometidas com dolo ou com se encontravam obrigados em razão do cargo.

2 — O Estado e as demais pessoas coletivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as ações ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

3 — Sempre que satisfaçam qualquer indemnização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de poderes de direção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adotar as providências necessárias à efetivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

Já o artigo 13º do decreto-lei n.º 67/2007 estabelece que, o Estado será civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro, quando não disser respeito à sentença penal condenatória injusta e privação injustificada da liberdade, as quais serão reguladas por lei especial, *in verbis*:

Artigo 13.º

Responsabilidade por erro judiciário

1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

Isso significa dizer que quando estiver frente à privação ilegal e injustificada da liberdade, ou frente à sentença penal condenatória aplicará o disposto em lei especial, qual seja, os artigos 225 e 462 do Código de Processo Penal Português.

Porém, quando se refere ao erro constante neste artigo, o legislador exige que tal erro seja grave ou grosseiro ou que contrarie a Constituição, ou numa análise grosseira e errada do fato.

A partir de então nos deparamos com um grande problema, ou seja, a dificuldade está justamente em saber o que o legislador quis qualificar como sendo erro grave ou grosseiro.

Segundo a jurisprudência erro grave ou grosseiro será todo aquele erro que se revele indesculpável, intolerável, configurando uma verdadeira “*aberration legis*”, por desconhecimento ou má interpretação do regime legal.

Com isso, identifica-se um grande problema nas normas reguladoras da responsabilidade do Estado por erro judiciário, ou seja, pelo fato de o legislador não ter especificado o caso em si para a aplicação de tal responsabilidade, acabou por dar precedentes para que a jurisprudência interpretasse a norma de forma aleatória ou arbitrária, dando uma interpretação muitas vezes diversa da que deveria ocorrer.

Neste mesmo sentido, o artigo 13º possui uma formulação muito aberta que deixa um amplo campo a jurisprudência, para que esta possa densificar aquela norma. (SANTOS, 2010, p. 57)

Para Cardoso da Costa (2010, p. 509 e ss) o legislador deveria ter optado por uma definição mais precisa (eventualmente tipificada) do erro potencializador da responsabilidade. Seria benéfico para o cidadão e para os próprios atores judiciais que o legislador não optasse apenas por conceitos vagos. O legislador português deveria formular normas mais precisas, garantindo assim uma maior segurança jurídica. Porém, com essa definição, o legislador assumiu um caráter geral, por assim dizer, já que, por um lado pode ter lugar no âmbito de qualquer domínio jurídico ou jurisdicional e em razão de qualquer decisão judicial, não se restringindo apenas a decisões de mérito, ou a outras decisões finais, sendo a decisão que produza qualquer dano ao interessado.

Outro ponto de análise consiste no artigo 13, 2. Do decreto-lei n.º 67/2007, pois segundo este dispositivo, para que o erro dê causa a um pedido de indenização, o legislador exigiu que tal pedido fosse fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente, conforme se estabelece, *in verbis*: "Artigo 13.º Responsabilidade por erro judiciário (...) 2 — O pedido de indemnização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente".

Com base neste artigo, para Cardoso da Costa (2010, p. 512), não se atribui qualquer relevo quando um alegado erro judiciário sem que ele seja reconhecido como tal pela competente instância de revisão. Sem este reconhecimento, o erro somente se daria do ponto de vista doutrinário e não do ponto de vista jurídico.

Porém, existem autores como A. R. Santos (2010, p. 57) que acreditam estarem frente a total inconstitucionalidade, por ferir o princípio da tutela jurisdicional, violando o princípio segundo o qual todo o direito deve corresponder uma ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo. Haja vista este não consagrar um regime processual correto para ação de responsabilidade fundado no erro judiciário.

Para este mesmo autor, quando não for possível revogar a decisão pela via de recurso ordinário, deve-se criar uma via de recurso especial, como no caso da Espanha e Itália, as quais criaram um regime especial, em que só pode recorrer a ação de responsabilidade civil depois de esgotados todos os meios de recursos.

Concordamos, pois, com a tese apresentada por A. R. Santos (2010), pois se assim não for, haverá um sério problema, ou seja, quando se chegar em última instância em que não for mais cabível qualquer recurso, haverá o encerramento do processo e a parte

nada mais poderá fazer a não ser aceitar aquela decisão, ocorrendo, assim um total cerceamento de defesa, e por isso mesmo inconstitucional.

Por fim, temos o artigo 14º do decreto-lei n.º 67/2007, o qual veio consagrar a total irresponsabilidade dos magistrados judiciais e do Ministério Público pelos danos causados a terceiros, *in verbis*:

Responsabilidade dos magistrados

1 — Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

Conforme se pode verificar, o dispositivo, supramencionado, estabelece que os Magistrados judiciais e o Ministério Público não serão directamente responsabilizados pelos danos que praticarem no seu exercício, ou seja, a pessoa lesada deverá ingressar com uma ação de indenização directamente contra o Estado, o qual somente terá o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa grave por parte do causador do dano. Em outras palavras a responsabilidade do Juiz, não é direta, ou seja, perante a parte lesada apenas o Estado responde externamente, visto que a responsabilidade do Juiz é apenas interna.

Assim, de acordo com A. R. Neto (2011, pag. 22), em qualquer dos casos, no direito português, o juiz não pode ser responsabilizado directamente, mas é o Estado quem, eventualmente, será condenado a pagar uma indenização, permanecendo o direito de regresso em face do juiz por culpa grave ou dolo. A indenização por danos patrimoniais somente é devida quando a violação a direito é muito grave.

Pro fim, o artigo 14º, 2 irá dispor acerca do órgão competente para se exercer o direito de regresso, podendo ser do órgão competente para o exercício do poder disciplinar, ou por iniciativa do ministério público, *in verbis*: "2 — A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça".

ii. *Brasil*

Há no Brasil um grande impasse por parte da doutrina e da Jurisprudência no que tange a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, os quais causem danos irreparáveis a outrem.

Para José dos Santos, tanto quanto os atos legislativos, os atos judiciais são insuscetível de gerar a responsabilidade objetiva do Estado. Pois segundo ele, tais atos são protegidos por alguns princípios básicos, quais sejam: o princípio do poder soberano do Estado, o qual se traduz pela inexistência de outro poder acima dele; o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, ou seja, se um ato do juiz prejudica a parte no processo, esta terá mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua decisão; o princípio da independência do Juiz no exercício das suas funções; e por fim, o instituto da coisa julgada, a qual tem o intuito de dar definitivamente solução aos litígios.

Se determinada decisão causou prejuízo a alguém, e esta não se valeu do recurso para revê-la, sua inércia impede de reclamá-la, e se por ventura o ato foi confirmado em outra instância é porque tinha ele legitimidade. (CARVALHO FILHO, 2012, pag. 569)

Porém, muito sabidamente Maria Silvia Zanella, vem colocar por terra tais argumentos. Segundo ela, não há que se falar em soberania, uma vez que os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário não são soberanos por dever obediência a Constituição, e sendo soberano o Estado não poderia responder também pelos atos do poder Executivo. Não se devendo acolher, ainda, a ideia de independência, uma vez que se trata de um atributo inerente a cada poder. (DI PIETRO, 2009, p. 535)

No mesmo sentido estabelece José Cretella Júnior (1980, p. 222) ao afirmar que: “Não militam a favor da irresponsabilidade do Estado, por atos judiciais, nem o argumento da soberania, nem o da imutabilidade da coisa julgada que pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão no crime”.

Pois no que tange ao próprio argumento de imutabilidade da coisa julgada, temos que esta sofre restrições na medida em que admite a ação rescisória e a revisão criminal.

E ainda que tal decisão seja mantida, o fato é que a imutabilidade da coisa julgada não pode ser fundamento para eximir do Estado o dever de indenizar o dano causado, haja vista que segundo Maria Silvia Zanella, o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa ser modificada. (DI PIETRO, 2009, pag. 534)

Alem disso, não podemos deixar de considerar que a reparação do dano decorrente de erro judiciário constitui um direito, o qual está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LXXV o qual estabelece, *in verbis*: "LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;".

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, ainda, em seu artigo 37, parágrafo 6º, *in verbis*:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A partir deste dispositivo, se confirma a responsabilidade objetiva do Estado que deverá sempre responder pelos atos de seus agentes, sendo eles da esfera administrativa, legislativa ou judiciária.

Porém, mesmo diante destes dispositivos legais, a Jurisprudência brasileira pátria, do Supremo Tribunal Federal, tem comungado da ideia de parte da doutrina, segundo a qual, se deve valer da regra geral da irresponsabilidade civil do Estado por atos judiciais, sob a seguinte alegação, *in verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º.I. – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário ³/₄ C.F., art. 5º, LXXV ³/₄ mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

EMENTA: Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C.Pr.Penal, art. 630. 1. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. 2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça. (STF. RE 505393-PE, Min. Rel Sepúlveda Pertence, 26/06/2007)

A Jurisprudência pátria dominante limita o direito de indenização por parte do lesado apenas nos danos decorrentes da atividade jurisdicional, no âmbito penal, devidamente reconhecidos por revisão criminal, excluindo, desta forma, toda e qualquer responsabilidade por ato jurisdicional na esfera cível, trabalhista, tributária, eleitoral e etc.

O problema que se verifica, é que nem o artigo 37, parágrafo 6º, nem o artigo 5º, inciso LXXV, ao se referirem aos danos causados a terceiro e ao erro judiciário, delimitam a responsabilidade civil do Estado, bem como seu campo de abrangência, dando margem para a jurisprudência aplicá-la da forma que lhe convier.

A partir daí surge à possibilidade de discricionariedade da jurisprudência em se aplicar o instituto da responsabilidade de acordo com o caso concreto, resultando muitas vezes em violação ao direito de outrem que, lesado pelo Estado, não vê o seu direito a reparação do dano salvaguardado, o que faz com que a vítima fique, mais uma vez, em situação de total desabrigo por parte do Estado.

A Jurisprudência entende que, na esfera cível, a responsabilidade somente será possível, e mesmo assim se restringido ao magistrado, nas hipóteses de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções, consoante o art. 133 do CPC, a qual estabelece que, *in verbis*:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Tal entendimento é absurdo a nosso ver, uma vez que de acordo com a doutrina majoritária, o erro judiciário se traduz pela errônea aplicação das normas, a qual viole o direito de outrem, seja ela na esfera cível, criminal, trabalhista ou eleitoral.

Nas palavras de Acântara citada por Maria Silvia Zanella, várias são as hipóteses de erro judicial, os quais acarretam a responsabilidade do Estado, quais sejam: Prisão preventiva contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seja cabível, em mandado de segurança, perecendo o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte; a própria concessão de liminar ou medida cautelar nos casos não cabíveis, etc. (ACANTARA *apud* DI PIETRO, 2009, p. 535)

Como se observa no presente estudo, em Portugal, a nova lei de responsabilidade civil extracontratual do Estado, o decreto-lei n.º 67/2007, alarga a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, para além das hipóteses de erro judiciário no âmbito penal, sendo aplicado, também em outras áreas do direito. Vez que lesão ao direito é lesão ao direito em qualquer âmbito, não sendo mais ou menos grave de acordo com cada área jurídica em questão.

O Supremo Tribunal Federal apresenta, ainda, outra situação em que não é possível a responsabilidade civil do Estado, sob o argumento de não se tratar de erro judicial, *in verbis*:

Ementa. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes. 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido. (STF. RE 553637 ED / SP - SÃO PAULO. Min Rel(a): Ellen Gracie, 25/09/2009)

Segundo esta corte, diante de um caso de decreto judicial de prisão preventiva quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam,

não se confundem com erro judiciário que alude o inciso LXXV do artigo 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absorvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior. Haja vista que dar uma interpretação diferente a este caso implicaria em total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto.

Mais uma vez, a falta de definição do legislador acerca do que vem a ser erro judiciário, faz com que a jurisprudência dominante dê uma interpretação totalmente arbitrária a casos muitas vezes graves. Pois segundo Cecília Ribeiro (2003), da mesma forma que poderá ocorrer erro judiciário ao se verificar uma condenação injusta, a qual será passível de desconstituição por revisão criminal, defendemos a possibilidade de o erro judiciário decorrer de uma prisão ilegal ou injusta, mesmo que anterior à condenação. Uma vez que, mesmo sendo impossível a utilização da revisão criminal, pela falta da sentença condenatória, não é por isso que será negado o direito à reparação pelo tempo que foi suprimido o direito constitucional de ir e vir, em virtude de um erro judiciário.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, se traduz como uma completa afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual segundo Alexandre de Moraes se conceitua como:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.(MORAES, 2011)

Tal princípio encontra-se elencado na Constituição da República Federativa do Brasil em nosso artigo 1º, inciso III, sendo este um princípio fundamental, o qual jamais poderá ser desrespeitado, sob pena de por abaixo o ideal de Estado democrático de direito.

Haja vista que, a dignidade humana é o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, o qual conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, além de servir de base para a fundamentação da ordem republicana e democrática. (O Min. Celso de Mello, em decisão ao HC 85988-PA / STJ 10.06.2005)

Desta forma, conclui-se que há a total necessidade revisão por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual profere decisão, muitas vezes, lesiva ao cidadão sujeito de direitos fundamentais, o qual poderá eternamente sofrer as consequências de tais atos, seja na esfera social, familiar, psicológica, ou até mesmo física.

Uma vez que preso inocentemente, o cidadão passa a ser taxado pela sociedade como criminoso, adjetivo este que poderá carregar consigo pelo resto da sua vida, visto que após a conclusão de sua inocência, na maioria das vezes não é tão propagada pelo Estado, ou até mesmo pela mídia, como a ocorrência de sua prisão.

É mister ressaltar, ainda, que a responsabilidade do Estado pelo erro cometido com tal cidadão, não leva em consideração apenas a esfera patrimonial, mas também o direito que o cidadão tem de ver, na esfera moral, o Estado reconhecer seu erro perante a sociedade.

Além disso, não podemos deixar de destacar, por óbvio, os danos psicológicos sofridos pelo lesado dentro da penitenciária, o qual é vítima de muitos problemas tais como: atendimento médico e psicológico totalmente insatisfatório, alimentação insuficiente, maus-tratos, e negligência praticadas pelos agentes públicos, além de ter que conviver com pessoas extremamente perigosas, temendo rebeliões, conflitos entre gangues e tráfico de drogas que é uma realidade dentro das penitenciárias brasileiras.

Pois, o sistema penitenciário no Brasil, se configura como grandes amontoados de pessoas, vivendo em condições precárias e desumanas, sujeitando-se a contaminação de doenças e outras infecções.

Da mesma forma ocorre com aquele cidadão que eventualmente teve sua tutela ou pedido liminar negado por um Juiz de primeiro grau, e mantida no tribunal de segunda instância, conforme já dito anteriormente. Ocorrendo casos de pedidos de guardas negadas, o que muitas vezes coloca a criança em situação de perigo, dano, abuso físico e moral. Ou no caso de uma liminar de Mandado de Segurança indeferida, a qual também é passível de causar ao lesado por erro judicial, um dano irreparável.

Uma vez que os principais requisitos para concessão de uma liminar é o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou seja, o *periculum in mora*, melhor dizendo, perigo da demora, pode causar à parte uma lesão grave ou de difícil reparação. Isso significa que se o Juiz não conceder a liminar prontamente, mais tarde o direito da pessoa já poderá ter sido danificado de forma irreparável.

Neste sentido, temos que inegavelmente ocorrem erros judiciários gravíssimos na esfera cível, penal, trabalhista, tributária, eleitoral e etc., motivo pelo qual a vítima não poderá ficar, mais uma vez, a mercê do Estado, pois deve ser salvaguardado a ela o seu direito a reparação por todos os danos eventualmente sofridos.

Muito embora haja todas estas polêmicas, a Constituição da República Federativa do Brasil é clara no que tange ao Direito de regresso, ou seja, se realmente for constatada a responsabilidade civil do Estado, este efetuará o pagamento da indenização à parte lesada. Porém fica ressalvado o seu direito de regresso nos casos em que houver dolo ou culpa comprovada dos seus agentes, conforme se observa no já mencionado artigo 37, parágrafo 6º, da CF88.

Outra questão, também já mencionada, se refere aos casos em que houver dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento por parte do Juiz no exercício de sua atividade.

Neste caso, entretanto, não haverá que se falar em responsabilidade civil do Estado, visto que o Magistrado responderá diretamente à parte lesada.

Nesta situação, a jurisprudência admite o erro jurisdicional em outras áreas do direito que não apenas na esfera penal, conforme dito anteriormente. Porém, esta nunca será de responsabilidade do Estado, mas sim de responsabilidade do próprio Magistrado que cometeu o ato.

4. Conclusão

Conforme foi visto no presente artigo, a responsabilidade civil do Estado sofreu um longo processo evolutivo, pois primeiro havia a ideia de irresponsabilidade civil do Estado, em que o Estado jamais responderia pelos danos causados pelo exercício de seus agentes, posteriormente, passou-se pela fase subjetivista, sendo que nesta fase havia existência de culpa dos agentes estatais, e por fim chega-se a responsabilidade objetiva do Estado, em que se exclui totalmente a necessidade de se verificar a figura da culpa, ou seja, se comprovado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente estatal, por si só já haverá a responsabilidade civil do Estado.

Este fator evolutivo também esteve presente em todo o mundo, passando, ainda, pelo Brasil e por Portugal, os quais responderam positivamente a tais evoluções em seus ordenamentos jurídicos pátrios.

Portugal editou em dezembro de 2007 uma lei específica para tratar da responsabilidade estatal, chamado decreto-lei n.º 67/2007. Tal decreto passou a estabelecer acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas por danos decorrentes do exercício da função administrativa, legislativa e judiciária, inovando em relação à responsabilidade por erro judiciário.

O Brasil também respondeu positivamente em relação ao desenvolvimento da responsabilidade estatal, visto que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou a tratar do tema em seu artigo 37, parágrafo 6º, havendo ainda o dispositivo sobre a responsabilidade por erro judiciário no artigo 5º, LXXV.

Entretanto, apesar disso, tanto o ordenamento jurídico português, quanto o ordenamento jurídico brasileiro possuem problemas os quais foram destacados, bem como tratados neste trabalho, quais sejam: a) O primeiro problema identificado consiste no fato de que nos dois ordenamentos jurídicos, ao se referirem ao erro judiciário, ambos não especificam ou delimitam o que vem a ser este erro judiciário, fazendo com que as jurisprudências destes países possuam total discricionariedade para interpretar e aplicar a norma da maneira que lhe convier, dando na maioria das vezes interpretação diversa da que deveria ocorrer.

Neste caso concordamos com parte da doutrina, que diz que o legislador deveria ter optado por uma definição mais precisa e tipificada do erro judiciário. Visto que seria mais benéfico para o cidadão e para os próprios atores judiciários que o legislador não

optasse por conceitos vagos a fim de garantir a sociedade uma maior segurança jurídica;
b) O segundo ponto tratado neste artigo consiste no fato de que tanto a lei portuguesa quanto a jurisprudência brasileira resultam no mesmo entendimento, ou seja, o decreto-lei 67/2007 de Portugal estabelece em seu artigo 13, 2. que no caso de indenização por erro judiciário, tal pedido tem que ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

Já a Jurisprudência brasileira entende que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, sendo estes os casos de revisão criminal, entendendo ainda que, a prisão preventiva quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confundem com erro judiciário disposto no inciso LXXV do artigo 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absorvido.

Ora, temos neste ponto, que tal aplicação é passível a desencadear vários problemas sejam eles físicos, morais, sociais ou psicológicos, advindo de uma possível prisão ilegal, uma vez que, conforme vimos, preso inocentemente, o cidadão passa a ser taxado pela sociedade como criminoso, carregando este adjetivo pelo resto de sua vida, além de, é claro, todos os problemas causados por sua carceragem.

Outro problema importantíssimo que devemos destacar na jurisprudência brasileira, é o fato de que para o Supremo Tribunal Federal somente é possível indenização por erro judiciário na esfera criminal, não estendendo a qualquer outro ramo do direito. Problema este não encontrado na lei portuguesa, visto que o dispositivo português se limita apenas em dizer que tal erro deve ser grosseiro, não se limitando a sua área de abrangência, assumindo um caráter geral por assim dizer.

Desta forma, diante dos problemas aqui apresentados, conclui-se pela total necessidade de revisão na legislação portuguesa e brasileira de modo que o legislado formule normas mais precisas, no intuito de garantir a todo cidadão uma maior segurança jurídica. A fim de, com isso, limitar a atuação da jurisprudência que se mostra na maioria das vezes injusta e corporativista, o que faz com que suas decisões lesionem ainda mais aquele que já foi vítima do poder judiciário e por isso sofreu consequência terríveis e irreparáveis, conforme vimos, e que jamais terão o direito a uma reparação pelo dano sofrido por erro judiciário, sendo este erro criminal, cível, trabalhista ou em qualquer outra área jurídica.

5. Referências

ANDRADE, J. C. V. de. "A responsabilidade por danos decorrentes da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos", In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137, n. 3951 (jul - ago. 2008) p 360-371

- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504 pág.
- CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. 968 pág.
- CATARINO, L. G. "Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por facto jurisdicional". Separata de: *II Suplemento do Dicionário Jurídico da Administração Pública*. – 1998. p. 482-502.
- _____. *A responsabilidade do Estado pela administração da justiça: O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento*. Coimbra: Almedina, 1999. 428 pág.
- CARDOSO DA COSTA, J. M. M. "Sobre o novo regime da responsabilidade do estado por actos da função judicial". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra Editora, 2010. Pág: 501/520.
- CORDEIRO, A. M. "Responsabilidade Civil do Estado". *O Direito*. Coimbra. Ano 142 n° 4(2010). p. 623-658.
- COUPER, J. *A responsabilidade do estado e outros entes públicos*. Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jc_MA_5351.doc. acesso em 1 de julho de 2017.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 823 pág.
- FERRARI, P. N. *A responsabilidade do estado decorrente de atos jurisdicionais como mecanismo de efetivação do estado democrático de direito*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, área de concentração em Direito do Estado, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2009. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19180/Paola.pdf;jse ssionid=864DA6FD657C7211368D39C03EA2B70E?sequence=1>. Acesso em 10 de julho de 2017.
- FERREIRA, P. M. "O recorte impreciso e fluido do que poderia ser subsumível ao erro judiciário na jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem". In *Julgar*: N. 5 (2008), p. 59-72.
- FONSECA, G. da. "A Responsabilidade Civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional: em especial o erro judiciário". In *Julgar*, n 5, 2008.
- JUNIOR, J. C. *Administração indireta brasileira*. São Paulo: Forense, 1980.
- LACERDA, J. M. C. *Código de processo civil brasileiro*: volume 4 : arts. 675 a 807. São Paulo: Saraiva, 1941. 492 pág.
- LASPRO, O. N. de S. *A responsabilidade do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, pág. 223.
- MEDEIROS, M. de F. B. *erro judiciário*. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Presidente

- Prudente/SP. 2003. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/166/167>. Acesso em 10 de julho de 2017.
- MEIRELLES, H. L.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 6. São Paulo: Malheiros, 2012. 910 pág.
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. ref., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. 936 pág.
- MIRANDA, J. de. "A Constituição e a Responsabilidade Civil do Estado". *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério e Soares*. 2001. pág. 927 e ss.
- MOSSIM, H. A. *Revisão criminal no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.
- MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. até a EC nº 67/10 e Súmulas. São Paulo: Atlas, 2011. xxvii, 944 pág.
- NETO, A. R. *A responsabilidade do juiz constitucional em tempos de ativismo judicial*. tese apresentado ao Professor Doutor JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra/2012.
- OLIVEIRA, J de. *código civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 822 pág.
- PORTUGAL. *Decreto-Lei 67/2007*. Centro Jurídico da Presidência do Conselho de Ministros, 20 de Dezembro de 2007.
- RIREIRO, A. C. R. *Direito à indenização por erro judiciário*. Disponível em: www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../disco2.doc. Acesso em 15 de julho de 2017.
- SILVA, P. C. e. "A Ideia de Estado de Direito e a Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário". In *Direito*, vol. 142, I, 2010.
- SANTOS, A. R. *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional*. Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra orientado por Carlos Roberto Vieira de Andrade . Coimbra 2010. 78 p.
- QUADROS, F. de; MESQUITA, M. J. R. de; RODRIGUES, L. B.; GARCIA, A. D; SILVA, J. L. M. da. *Responsabilidade civil extracontratual da administração pública*, 2ª ed, Almedina: Coimbra: 2004. p. 374.

ECONOMIA COMPARTILHADA: APROXIMAÇÕES REGULATÓRIAS ENTRE BRASIL E PORTUGAL

THE SHARING ECONOMY: REGULATORY APPROCHES BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Luiz Guedes da Luz Neto¹

Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Economia compartilhada: uma breve apresentação; 3. Fundamentação teórica; 4. Da análise do quadro regulatório do transporte não equiparado a táxi em Portugal; 5. Da análise do quadro regulatório apresentado pela Câmara dos Deputados do Brasil; 6. Das aproximações regulatórias entre Portugal e Brasil na economia compartilhada; 7. Conclusão; 8. Referências

1. Introdução

O gênio criativo humano continua a gerar novos produtos e serviços e, hoje, com o auxílio da informática é possível atingir um grande número de usuários e consumidores. Todos os dias novos serviços são postos à disposição de qualquer interessado através da rede mundial de computadores. Com a popularização da *internet* nos últimos anos e dos *hardwares*, atualmente é possível estar conectado vinte e quatro horas por dia em qualquer lugar, portando dispositivos móveis, em especial os denominados *smartphones*.

Essa nova realidade desafia o Estado regulador, que continua utilizando paradigmas do Século XX para regular empreendimentos inseridos na economia compartilhada. A insistência na utilização de paradigmas regulatórios do século passado à nova economia gera conflitos entre o Estado e os criadores e desenvolvedores dos novos empreendimentos.

Diante dessa realidade, importante na análise e compreensão do fenômeno da economia compartilhada e da regulação estatal, o estudo da resposta regulatória do Estado, surgindo o seguinte problema de pesquisa: Por que Portugal e Brasil possuem reposta regulatória similar à economia compartilhada? Como proposta de resposta, apresenta-se a seguinte hipótese: os órgãos reguladores dos dois países não estão imunes ao fenômeno da captura regulatória, sendo a regulação estatal um meio eficiente para atender aos interesses dos entes regulados já existentes no mercado.

Neste artigo é proposto o seguinte objetivo geral: demonstrar as aproximações na resposta regulatória de dois países do sistema *civil law* na regulação dos

¹ Advogado, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Realismo Jurídico da UFPB e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil.

empreendimentos da economia compartilhada. Os objetivos específicos são os seguintes: a) analisar a resposta legislativa brasileira à economia compartilhada, em relação ao transporte privado intermediado por plataforma digital; b) analisar a resposta legislativa portuguesa à economia compartilhada; c) comparar as respostas regulatórias dos dois países mencionados.

Justifica-se o estudo acerca da regulação estatal da economia compartilhada por ser um fenômeno com evidência na atualidade, com milhares de iniciativas em diversos países, deparando-se a iniciativa empreendedora com a resposta reguladora do Estado, calcada na cultura do Estado regulador, que se apresenta como pretensão protetor dos interesses da coletividade. Distensões surgem diariamente entre os diversos setores da sociedade, parecendo não conseguir o estado apresentar uma solução regulatória consentânea com essa nova realidade.

A metodologia empregada no presente estudo é a seguinte: a hermenêutica do projeto de lei 5587/16, da Câmara dos Deputados do Brasil, do Decreto-Lei nº 251/98 (Portugal), e da PL 50/XIII, oriunda do Conselho de Ministros de Portugal. Os projetos mencionados propõem regulação para o serviço de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados. Também será utilizada a metodologia de levantamento bibliográfico sobre o tema economia compartilhada e captura regulatória. Trata-se, também, de uma pesquisa de direito comparado, analisando de forma analítica o comportamento regulatório estatal de Portugal e do Brasil.

2. Economia compartilhada: uma breve apresentação

Inicialmente, mister a delimitação do conceito de economia compartilha. Neste artigo empregar-se-á o termo economia compartilhada como um modelo econômico baseado na troca de ativos, podendo essa permuta ser ou não remunerada². Esse fenômeno econômico não é novo, porém está despertando interesse dos acadêmicos e dos Estados. Com a popularização da *internet*, os empreendimentos criados no ambiente da economia compartilhada, ou da *sharing economy*, ganharam capilaridade e alcance inéditos.

Antes da massificação da rede mundial de computadores, as iniciativas criadas na economia compartilhada sofriam limitações territoriais e temporais. Ficavam restritas à própria comunidade na qual surgira, ou, quando muito, conseguiam alcançar pessoas da mesma região geográfica. Em relação ao fator tempo, o horário comercial era

² LUZ NETO, Luiz Guedes da. A Economia Compartilhada e seus Desafios no Brasil. In MIRANDA GONÇALVES, R., VEIGA, F. S., MAGALHÃES, M. M. (Eds.). **Derecho, gobernanza e innnovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad em perspectiva transdisciplinar**. Porto : Universidade Portucalense, 2017, ISBN 978-972-9354-46-5. doi: <http://dx.doi.org/10.21788/isbn.978-972-9354465>, p. 420.

o grande limitador, com as transações sendo realizadas sobretudo no horário de funcionamento do comércio em geral.

Entretanto, com a popularização da *internet* e com o desenvolvimento tecnológico resultante na criação de equipamentos portáteis conectados à rede, tais como *tablet* e *smartphone*, as mencionadas limitações territorial e temporal praticamente deixaram de existir, pois qualquer pessoa pode permanecer conectada sete dias por semana e vinte e quatro horas por dia.

Isso modificou substancialmente a lógica predominante ao longo do Século XX, permitindo que, em tese, qualquer pessoa possa criar e colocar no mercado produtos e serviços. No século passado, a regra era a indústria fabricar o produto, que seriam vendido em redes varejistas ao consumidor final. Era necessária a aquisição do produto para poder usufruir das suas vantagens. Com a economia compartilhada, isso mudou radicalmente, pois não é mais necessária a compra do produto para poder utilizá-lo. Pode-se locá-lo por horas ou dias e, ao invés de ser descartado quando o usuário não mais precisar dele, ele retorna ao ciclo de consumo, estando disponível para o uso de outra pessoa.

Essa mudança de paradigma econômico, que alterou a forma do consumo em vários pontos do globo, está a desafiar os estudiosos do Direito, bem como o regulador estatal, que estão diante de uma realidade fática na qual o Direito, como pensado até o presente momento, parece não apresentar uma resposta adequada, que permita conciliar os interesses dos envolvidos.

O grande desafio regulatório é compreender a economia compartilhada, a nova realidade gerada pela criação de novos produtos e serviços, para desenvolver uma regulação que traga segurança jurídica sem prejudicar o desenvolvimento econômico e social da nação.

3. Fundamentação teórica

Os novos modelos de negócio criados pela economia compartilhada têm desafiado a regulação Estatal. Com a globalização e o uso da *internet*, uma empresa pode ter atuação internacional sem precisar de instalação de filiais em outros países, já que o acesso ao serviço por ela ofertado pode ser feito através de plataformas digitais.

O objeto de estudo no presente artigo é o comportamento regulatório de dois países, mais precisamente Brasil e Portugal, diante do fenômeno mundial gerado pela economia compartilhada, que gerou o negócio disruptivo denominado, em geral, de transporte individual remunerado. O serviço intermediado por plataformas digitais, tais como Uber e Cabify, rompeu com o modelo de transporte urbano realizado pelos táxis, permitindo que particulares, utilizando os próprios veículos automotores ou alugando esses, ofereçam serviço de transporte.

Em tempo de crise econômica mundial, que ainda assola Portugal e Brasil, a oferta de serviço dessa natureza poderia representar uma nova possibilidade de geração de riqueza, mesmo sem gerar empregos tradicionais na lógica trabalhista. Porém, o que tem ocorrido não é o incentivo a esses novos empreendimentos. Ao contrário, tanto Brasil e Portugal estão apresentando resposta regulatória limitante, que dificulta sobremaneira a entrada desses novos agentes econômicos no mercado de transporte.

Neste artigo, procura-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Por que Portugal e Brasil possuem reposta regulatória similar à economia compartilhada?

Mesmo sendo uma possibilidade de geração de renda para os cidadãos, em especial em momentos de crise econômica por que passa Brasil e Portugal, a resposta regulatória nos dois países tem similaridades, pois criaram dificuldades aos novos entrantes, instituindo requisitos a serem observados pelos motoristas de veículos privados que aumentam bastante o custo de transação, reduzindo, consideravelmente, a vantagem competitiva inicialmente gerada pelas plataformas de intermediação de transporte privado.

Consoante a teoria econômica da regulação, também denominada de teoria econômica da captura, desenvolvida na década de 1960 por George Joseph Stigler, que analisou vários dados empíricos, em especial os recolhidos do setor de transporte ferroviário norte-americano, a regulação estatal não atendia ao interesse público, ao interesse coletivo, mas sim aos interesses do setor regulado.

Constatou, Stigler, em seu estudo, que os entes regulados demandavam a regulação estatal, pois esta era capaz de assegurar a posição no mercado dos agentes econômicos já inseridos no setor regulado, dificultando, ou até mesmo impedindo, a entrada de novos concorrentes.

Stigler sintetiza de forma clara a sua hipótese: “Propomos a hipótese geral: toda indústria ou toda ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada”³.

Interessante observação acerca da concorrência existente na elaboração da regulação estatal, feita por Luz Neto⁴, a seguir transcrita:

Constatou-se que a concorrência, ou a sua ausência, não é resultado da dinâmica do mercado, que, de forma natural, com a sua “mão invisível”, premiaria os mais eficientes, os melhores, e puniria os ineficientes, permanecendo no “jogo”, no mercado, os primeiros, com a eliminação dos segundos. A concorrência pela alta taxa de retorno dos investimentos parece começar antes mesmo, ainda na fase anterior à competição no mercado, ou seja, na concorrência, através do poder político junto ao Estado, na demanda de

³ STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 27.

⁴ LUZ NETO, Luiz Guedes da. **Agências reguladoras: Uma promessa não realizada contra o risco da captura**. Dissertação de Mestrado (PPGCJ/UFPB). João Pessoa, 2016, p. 59.

normas reguladoras que garantam melhores condições de atuação e de permanência no setor ao grupo que detiver maior influência política, não interessando se são eficientes ou não, se prestarão produtos e serviços de boa qualidade aos consumidores, à coletividade.

A concorrência acontece entre os grupos de interesse junto ao órgão regulador, quando da elaboração da norma. A concorrência, ou a sua ausência, não é resultado da dinâmica do mercado, mas sim, da captura regulatória, antes da fase de competição no mercado propriamente dita, quando os diversos grupos de interesse utilizam-se do seu poder político junto ao Estado para pleitear regulações que beneficiem os seus integrantes. Consta-se esse fenômeno com as diversas movimentações dos taxistas, através de seus sindicatos e associações, bem como pela realização de atos públicos, tais como marchas de táxis em pontos estratégicos para chamar a atenção e pressionar os reguladores.

Os grupos de interesse pleiteiam regulação econômica favorável aos seus interesses, conforme hipótese defendida por Stigler demonstrada acima. Como a indústria regulada consegue impor a sua vontade ao Estado regulador? Léon Duguit, em sua teoria do Estado-fato, defende que, independente do tamanho do Estado, bem como se ele é primitivo ou desenvolvido, simples ou complexo, há um fato em comum, qual seja, que os indivíduos mais fortes impõem a sua vontade aos demais. Eis a essência da aludida teoria:

Em todos os grupos sociais que se qualificam de Estados, os mais primitivos e os mais simples, os mais civilizados e os mais complexos, encontra-se sempre um fato único: indivíduos mais fortes do que outros, que querem e podem impor a sua vontade aos restantes. Pouco importa que esses grupos estejam ou não fixados num determinado território, que sejam ou não reconhecidos por outros grupos, que tenham uma estrutura homogênea ou diferenciada; o fato persiste sempre e idêntico a si próprio: os mais fortes impõem a sua vontade aos mais fracos. Esta maior força apresentou-se sob os mais diversos aspectos; ora força puramente material, ora força moral e religiosa, ora força intelectual, ora (e isso muitas vezes) força econômica. [...] Enfim, esta maior força [econômica] foi muitas vezes e tende a ser hoje, quase por toda a parte, a força do número, e será talvez no futuro a força dos grupos sociais organizados⁵.

Independente do tipo de Estado, o poder político é a manifestação e a imposição da vontade do mais forte sobre o mais fraco, com a sanção deste último em caso de oposição à vontade do mais forte. A vontade do mais forte, por si mesma, carece de legitimidade. O alcance da legitimidade da referida vontade se dá através do Direito. Para isso, necessária que a vontade dos grupos mais fortes seja inserida na norma jurídica, utilizando do direito para expedir normas através do Estado, pois somente este ente é o titular do direito legítimo da força, da violência, tendo o poder de limitar a atuação dos

⁵ DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.p. 47-48.

demais grupos, qual seja, o grupo dos mais fracos, de acordo com Léon Duguit. De acordo com o teórico francês, a personalidade jurídica do Estado é uma mera ficção, “admitida para fazer a construção jurídica do Estado e determinar um sujeito, suporte do poder político, concebido como direito subjetivo”⁶.

Sobre o Estado e dos grupos que o compõem, assim se manifesta Duguit⁷:

[...] o Estado não deve conceber-se como uma coletividade personificada, investida num poder soberano que ordena; mas é fato que numa coletividade determinada há uma diferenciação tal que o grupo dos mais fortes formula o direito, sanciona e fiscaliza os serviços públicos. [...] Estado; [...] essa palavra designa não aquela pretensa pessoa, coletiva e soberana que é um simples fantasma, mas os homens reais que de fato possuem a força.

Duguit defende que o Estado não é aquela coletividade personificada, titular de direitos e de obrigações, dotada de um poder soberano que ordena, mas sim uma ficção jurídica, sendo, na realidade, uma coletividade determinada com uma diferenciação importante e presente em todo e qualquer modelo de Estado, existe o grupo dos mais fortes que formula o direito, que sanciona e fiscaliza os serviços públicos, designando, na realidade, os homens reais que de fato possuem a força.

Aplica-se, ao presente estudo, a teoria do Estado-fato de Léon Duguit. Considera-se o Estado regulador, que é utilizado pelos grupos de interesse com mais força política na sociedade (pelo menos em comparação com o grupo antagônico que teria interesse contrário na regulação), quer força política, quer força econômica, quer as duas concomitantemente, para determinar o conteúdo das normas jurídicas que regularão o setor econômico em análise, pois

somente utilizando o Estado, que é o único ente jurídico com o monopólio da força, da violência legítima, ou legitimada pelo Direito, com competência constitucional de expedir normas jurídicas abstratas e de eficácia *erga omnis*, inclusive limitando a si mesmo. Somente através do uso do Estado é possível regular de forma ampla e cogente, impondo a vontade dos grupos de interesse com mais poder ao restante da sociedade⁸.

Em uma democracia é frequente, segundo Girón⁹, que o poder político e econômico esteja centralizado nas mãos de um pequeno grupo.

⁶ Ibidem, p. 56.

⁷ Ibidem, p. 60-61.

⁸ LUZ NETO, Luiz Guedes da. **Agências reguladoras: Uma promessa não realizada contra o risco da captura**. Dissertação de Mestrado (PPGCJ/UFPB). João Pessoa, 2016, p. 62.

⁹ GIRÓN, Alicia. International Monetary Fund: From The Stability To The Instability Of The Washington Consensus And The Reforms In Latin America. In: LECHINI, Gladys (Editor). **Globalization And The Washington Consensus – Its Influence On Democracy And Development In The South**. Buenos Aires: CLACSO, 2008, p. 44.

Pelo exposto, as duas teorias acima apresentadas, a teoria da regulação econômica, de George J. Stigler, e a teoria do Estado-fato, de Léon Duguit, são o fundamento teórico para a hipótese proposta e defendida nesta pesquisa, isto é, que os órgãos reguladores do Brasil e de Portugal não estão imunes ao fenômeno da captura regulatória, sendo a regulação estatal um meio eficiente para atender aos interesses dos entes regulados já existentes no mercado (taxistas), em detrimento dos outros grupos: utentes e as pessoas que pretendem ofertar o serviço de transporte privado intermediado pelas plataformas digitais.

Assim, o grupo de interesse (taxistas) que busca determinar o conteúdo da regulação, tem, nos órgãos reguladores estatais, a arena na qual irá atuar, através do processo de lobbying, no intuito de incorporar, na regulação, medidas que protejam os seus respectivos interesses. E, pela conjugação das duas teorias acima expostas, a tendência dos órgãos reguladores estatais é de incorporar as sugestões de regulação apresentadas pelos grupos econômicos, ou seja, pelas empresas ou corporações reguladas, já que os agentes regulados possuem maior capacidade de organização para participar das audiências públicas realizadas durante o processo de elaboração da norma reguladora, ao contrário dos grupos de usuários do serviço e dos prestadores do serviço de transporte privado.

O conceito de *lobbying* adotado neste trabalho é o definido por Loddi¹⁰ como sendo

[...] a ação de influenciar sobre o tomador de decisão na esfera do poder público. A atuação persuasora obre o poder político. O esforço para influenciar, a tentativa de, a ação para. Por extensão, pode-se chamar de lobby também o grupo de pessoas que exerce essa influência, ou o mecanismo de pressão ou de representação junto ao poder público.

Desta forma, o conceito de *lobbying* adotado neste artigo é o de processo por que os grupos de interesse mobilizam-se para influenciar o processo estatal de tomada de decisões, mormente a tomada de decisões acerca da regulação econômica.

4. Da análise do quadro regulatório do transporte não equiparado a táxi em Portugal

O Parlamento Português está a elaborar uma regulação do serviço de transportes realizado em veículos descaracterizados, no qual se incluem a Uber e a Cabify. Ainda não se chegou a um consenso acerca do modelo regulatório a ser adotado para regular o

¹⁰ LODDI, João Bosco. **Lobby, os grupos de pressão**. São Paulo: Pioneira, 1986.p. 3.

serviço de transporte por veículos particulares através da intermediação de plataformas digitais¹¹.

Existe, em vigência, em Portugal, a Lei n.º 35/2016¹², que alterou o Decreto-Lei n.º 251/98¹³, que regulamenta o acesso à atividade e ao mercado dos transportes em táxi, com o reforço das medidas dissuasoras da atividade ilegal no setor mencionado.

Desta forma, no sentido de desestimular o transporte realizado por veículos particulares que não são táxis, há a fixação de penalidades pecuniárias. O art. 28º, 1, do Decreto-Lei n.º 251/98, alterado pela Lei n.º 35/2016, previu a punição com uma coima de (euro) 2.000 (dois mil) a (euro) 4500 (quatro mil e quinhentos), tratando-se de pessoa singular, ou de (euro) 5000 (cinco mil) a (euro) 15000 (quinze mil), sendo pessoa coletiva.

A exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 50/XIII¹⁴, oriunda do Conselho de Ministros, reconhece não haver, atualmente, na legislação, diploma legal que abarque a realidade criada pelas plataformas de transporte individual. A mencionada proposta apresenta um modelo de regulação, com a instituição de regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados, com exceção da partilha de veículos sem fim lucrativo e do aluguel de veículos sem condutor de curta duração com características de partilha.

Constata-se que é requisito para o início da atividade a comunicação prévia ao Instituto de Mobilidade e dos Transportes, I.P., com prazo de 20 dias. O Instituto de Mobilidade e dos Transportes pode, no prazo mencionado, opor-se ao exercício da atividade, se verificar o não preenchimento de algum dos requisitos exigidos em lei. Eis o que dispõe o art.3º, 1¹⁵:

1 - O início da atividade de operador de TVDE está sujeito a comunicação prévia ao Instituto da Mobilidade e dos Transportes, I. P., (IMT, I. P.), a efetuar por via eletrónica, mediante o preenchimento de formulário normalizado e disponibilizado através do Balcão do Empreendedor a que se refere o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de julho, com prazo de 20 dias, durante o

¹¹ OBSERVADOR. **Apesar das multas e ausência de regulamentação, Uber reforça serviços em Portugal**. Disponível em: <<<http://observador.pt/2017/06/28/apesar-das-multas-e-ausencia-de-regulamentacao-uber-reforca-servicos-em-portugal/>>>. Acesso em: 27/07/2017.

¹² DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Lei n.º 35/2016**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/75774118/details/maximized?p_auth=u4b9kAmF>>. Acesso em: 27/07/2017.

¹³ _____. **Decreto-Lei n.º 251/98**. Disponível em: <<<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75769585/view?consolidacaoTag=Transportes&consolidacaoType=Decreto-Lei>>>. Acesso em: 27/08/2017.

¹⁴ CONSELHO DE MINISTROS. **Proposta de Lei n.º 50/XIII**. Disponível em: <<[¹⁵ Ibidem, p. 6.](http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334277624455774c56684a53556b755a47396a&fich=ppl50-XIII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 30/07/2017, p. 1.</p></div><div data-bbox=)

qual esta entidade pode opor-se ao exercício da atividade, caso verifique que não está preenchido algum dos requisitos legalmente exigidos para o seu exercício.

No art. 4º da supramencionada proposta legislativa, há a exigência da idoneidade do operador de transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrônica. No art. 5º há os requisitos que devem ser observados para o exercício da atividade pelo operador de transporte de veículo individual.

O art. 6º¹⁶ prevê a atividade de motorista de transporte em veículo descaracterizado a partir de plataforma eletrônica, bem como apresenta os requisitos para o exercício da atividade:

[...]

1 - O motorista de TVDE, que presta serviço ao operador de TVDE, deve preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) Ser titular de carta de condução há mais de três anos para a categoria B com averbamento no grupo 2;
- b) Deter certificado de curso de formação rodoviária para motoristas, nos termos dos números seguintes;
- c) Ser considerado idóneo, nos termos do artigo seguinte;
- d) Ser titular de certificado de motorista de TVDE, emitido pelo IMT, I.P. segundo modelo aprovado por deliberação do respetivo conselho diretivo, demonstrado o preenchimento dos requisitos mencionados nas alíneas anteriores.

São quatro requisitos cumulativos para o motorista de veículo descaracterizado, elencados nas alíneas “a” a “d” do item 1 do art. 6º da Proposta de Lei nº 50/XIII. Constata-se, no projeto de lei mencionado, que Portugal tenderá a atribuir o *status* de serviço público ao serviço prestado pelos motoristas de carros privados, exigindo dos condutores um certificado de curso de formação rodoviária para motoristas, bem como ser titular de certificado de motorista de TVDE, emitido pelo IMT, I.P.

Interessante observar, na Proposta de Lei nº 50/XIII, a influência do grupo de interesse representante dos taxistas, que conseguiram inserir, pela sua atuação junto ao órgão regulador (Conselho de Ministros), a dispensa do requisito contido na alínea “b” do nº 1, do art. 6º, isto é, os titulares de Certificado de Motorista de Táxi estão dispensados de apresentar o certificado de curso de formação rodoviária para motoristas.

Em relação aos veículos, o art. 8º, nº 1, prevê que somente poderão ser utilizados veículos ligeiros de passageiros de matrícula nacional, com lotação não superior a nove lugares, incluindo o do motorista. Esse requisito limita bastante a utilização de vários tipos de veículos de passageiros, reduzindo a lotação máxima e exigindo que seja matriculado em Portugal. Veículos de vilas vizinhas a Portugal, que estejam na Espanha,

¹⁶ Ibidem, p. 9.

mas que rotineiramente façam o trajeto por alguma parte do território português, estarão proibidos de fazê-lo pela proposta legislativa mencionada.

Interessante anotar que mesmo atribuindo ao TVDE um certo caráter de interesse público, os mencionados veículos não terão acesso às faixas de rodagem e às vias de trânsito reservadas ao transporte público de passageiros, a teor do nº 6, do art. 8º, da PL 50/XIII.

5. Da análise do quadro regulatório apresentado pela Câmara dos Deputados do Brasil

Assim como Portugal, o Brasil também enfrenta a necessidade de compreender a economia compartilhada e os desafios apresentados por esse fenômeno ao regulador estatal. No Brasil também o grupo de interesses representante dos taxistas pressionaram a Câmara dos Deputados para a aprovação de emendas ao Projeto de Lei nº 5587/2016, com vistas a limitar o transporte individual realizado por veículos que não sejam táxis.

Em abril de 2017 foi aprovado, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 5587/2016, que regula o serviço de transporte ofertado por particulares com a intermediação de plataformas digitais. Consoante afirmado acima, o projeto de lei original sofreu emenda, atribuindo ao serviço de transporte individual realizado através de veículos descaracterizados o atributo de atividade pública, limitando, desta forma, a liberdade de iniciativa dos proprietários e/ou locatários de veículos de passeio que prestam o serviço de transporte.

O Projeto de Lei 5587/16 modificou o art. 4º da Lei nº 12/587/2012, atribuindo-lhe a seguinte redação:

Art. 4º

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, por meio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. (grifo nosso).....(NR).

A Lei nº 12.587/2012, teve o seu art. 3º alterado pelo PL 5587/16¹⁷, e passará a ter a seguinte redação se o texto for mantido pelo Senado Federal brasileiro:

Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado

¹⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.587-A de 2016**. Disponível em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088280>>>. Acesso em: 15/04/2017.

individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, segurança e a efetividade na prestação do serviço:

- I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;
- II — exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);
- III — exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições:

- I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada;
- II — conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal;
- III — possuir e portar autorização específica emitida pelo poder público municipal ou do Distrito Federal do local da prestação do serviço autorizado;
- IV — emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV) no Município da prestação do serviço, obrigatoriamente em seu nome, como proprietário, fiduciante ou arrendatário, com registro e emplacamento do veículo na categoria aluguel.

Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros. (grifo nosso).

Constata-se, com o PL 5587/16, que atualmente está no Senado Federal, que foram inseridas limitações para a prestação do serviço de transporte privado. Com atribuição de caráter público ao serviço de transporte individual prestado através de plataforma digital, o princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da Constituição Federal¹⁸, sofre severa limitação.

Atualmente é possível que qualquer pessoa que detenha a Carteira Nacional de Habilitação – CNH preste o serviço de transporte privado de pessoas. Porém, se o texto do PL 5587/16 permanecer, somente o proprietário do veículo poderá prestar referido serviço, pois será exigido que conste no Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV o nome do condutor como proprietário, fiduciante ou arrendatário.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/07/2017.

Percebe-se, assim como em Portugal, a visível tendência brasileira à restrição da liberdade de concorrência através desta proposta regulatória.

Percebe-se claramente a atuação do *lobbying* dos taxistas na mudança do projeto original da regulação da atividade de transporte. Os Deputados Federais que aprovaram o PL 5587/16, com a alteração que criou maiores limitações à atividade antes tida como privada, inserindo-a como de interesse público, parecem estar mais preocupados com o custo eleitoral da não aprovação do texto contendo limitações, do que com a lógica da economia compartilhada, que poderia favorecer toda a coletividade, pois os

grupos de interesse (taxistas) que foram exercer pressão durante a sessão plenária é facilmente identificável, enquanto que a coletividade dos usuários dos aplicativos não o são, o que, em relação ao grupo dos usuários, desmobiliza e reduz bastante a força capaz de persuadir os parlamentares no momento da discussão e da aprovação (ou rejeição) do projeto de lei¹⁹.

A participação de grupos de interesse junto ao regulador é legítima em um estado democrático de direito. Cabe ao Estado dotar o órgão regulador de mecanismos de compensação dessa influência na regulação, mormente quando a pressão vem no sentido de limitar os benefícios econômicos a uma parcela maior da população. O Poder Legislativo continua a ser a principal arena para a expedição de normas reguladoras do setor econômico, não sendo imune às influências dos grupos organizados de *lobby*.

Um outro ponto que demonstra a tendência brasileira de limitar, através da regulação, os empreendimentos da economia compartilhada, é a previsão da possibilidade dos Municípios regulamentarem ou não a atividade de transporte intermediada pelas plataformas digitais. A redação do art. 11-B, do PL 5587/16, poderá ser interpretada no sentido de maior discricionariedade dos Municípios para a regulamentação do serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros, pois o legislador utilizou o vocábulo “optarem”, dando a ideia de faculdade dos municípios na regulamentação aludida. Essa faculdade de regulamentação dos municípios será sentida naquelas municipalidades nas quais o grupo de interesse dos taxistas forem mais organizados e possuírem maior poder de influência sobre o legislativo municipal e o Poder Executivo local.

Um exemplo dessa maior influência dos grupos de interesse dos taxista é a Lei nº 13.105/2015²⁰, que proibiu em toda a área metropolitana de João Pessoa, Estado da

¹⁹ LUZ NETO, Luiz Guedes da. A Economia Compartilhada e seus Desafios no Brasil. In MIRANDA GONÇALVES, R., VEIGA, F. S., MAGALHÃES, M. M. (Eds.). **Derecho, gobernanza e innnovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad em perspectiva transdisciplinar**. Porto : Universidade Portucalense, 2017, ISBN 978-972-9354-46-5. doi: <http://dx.doi.org/10.21788/isbn.978-972-9354465>, p. 428.

²⁰ CÂMARA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA. **Lei ordinária nº 13.105, de 30 de novembro de 2015**. Disponível em: <<[<http://177.200.32.195:9673/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/16865_texto_integral>>](http://177.200.32.195:9673/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/16865_texto_integral)>. Acesso em: 08/03/2017.

Paraíba, a prestação do serviço de transporte privado realizado através de aplicativos ou de qualquer meio digital.

6. Das aproximações regulatórias entre Portugal e Brasil na economia compartilhada

Constatou-se na análise dos projetos de lei, no Brasil e em Portugal, sobre a regulação de transporte individual privado realizado em veículos automotores de passeio descaracterizado, semelhanças na regulação. Essas semelhanças no quadro regulatório dos dois países de tradição *civil law* apontaram para uma tendência de limitação da liberdade individual do empreendedor, optando os dois países por caracterizar o transporte individual realizado em veículo privado como de interesse público. Com isso, a margem de liberdade individual dos prestadores do serviço diminuiu consideravelmente, conforme demonstrado com partes transcritas dos dois projetos nos itens anteriores.

A economia compartilhada, em especial com a popularização da *internet* e a popularização dos equipamentos de acesso à rede mundial de computadores, permite o surgimento de serviços e de produtos antes inexistentes, ou, quando já existentes, apresentados em novo formato. Além disso, a capilaridade no acesso à *internet* pelas pessoas permitiu ganho de escala nos serviços com redução de custos, permitindo o surgimento de novas empresas, muitas delas já nascendo totalmente digitais.

Essa conjugação de fatores, capilaridade do acesso à rede mundial de computadores e o desenvolvimento tecnológico que permite que pessoas se conectem ao ciberespaço através de dispositivos móveis, praticamente sem limitação de tempo e de espaço, permitiu o atual desenvolvimento da economia compartilhada em vários países, em especial com o surgimento de serviços que romperam a lógica econômica vigente ao longo do Século XX. O ciclo econômico predominante no século passado era a fabricação dos bens de consumo pela indústria, cujo produto era vendido através das redes varejistas para o consumidor final, que adquiria o produto para poder usá-lo e, quando esse produto não mais atendia às suas necessidades, era descartado. Com a economia compartilhada não é mais necessário adquirir o produto para utilizá-lo. Pode-se alugá-lo por um determinado período, ou mesmo contratar apenas o serviço de transporte, como é o caso do serviço intermediado pelas plataformas digitais, cuja inovação tem rompido com a lógica econômica tradicional do transporte de táxis, colocando esse modelo em risco de extinção, pelo menos nos moldes tradicionais.

Praticamente impossível falar em economia compartilhada sem mencionar a inovação disruptiva, pois esses novos modelos de empreendimentos, em especial os digitais, vieram para romper com a tradição econômica estabelecida, colocando várias empresas tradicionais em risco de obsolescência, o que significará a extinção daquelas empresas que não conseguirem adaptar os seus modelos de negócio ao paradigma criado e apresentado pela economia compartilhada.

Esse novo paradigma tem gerado, como era esperado, reações enérgicas dos atores econômicos já estabelecidos no mercado, que procuram, através da adoção da estratégia de criação de grupos de interesse, influenciar a regulação estatal para, se não proibir a entrada de novos atores no mercado, pelo menos criar limitações consideráveis que retirem a vantagem competitiva gerada pela adoção das novas tecnologias, em especial da tecnologia da informação.

Essa reação dos atores econômicos tem gerado resultados positivos ao grupo representado no esforço de *lobby*. No caso deste artigo, o grupo de interesse que representa os taxistas tem conseguido inserir, nos projetos de lei que regulamentam o transporte realizado em veículos privados, limitações ao exercício da atividade de transporte em veículos descaracterizados.

A regulação estatal, nos moldes apresentados nos projetos de lei brasileiro e português, apresenta tendência de limitação da liberdade de concorrência, gerando custos de transação mais elevados para os prestadores de serviços de transporte privado, com o objetivo claro de diminuir a vantagem competitiva que o uso de tecnologias da informação traz para os negócios da economia compartilhada. Acontece, nessa tentativa de regulação, o fenômeno da captura já analisado por George J. Stigler em sua teoria econômica da regulação. Nessa teoria ele analisa a captura do órgão regulador, no caso do seu estudo, pela agência reguladora responsável pelo setor de transporte ferroviário dos Estados Unidos da América. Não obstante o estudo de Stigler tivesse como objeto agência reguladora, ele pode ser transposto para outro tipo de regulador, como para estudar a captura regulatória das normas elaboradas pelo Poder Legislativo ou pelo Conselho de Ministros de Portugal. Stigler assim afirmava na sua teoria: “[...] toda a indústria ou toda a ocupação que tem poder político suficiente para utilizar o Estado procurará controlar o acesso à entrada”²¹.

O estudo de Stigler constatou que a regulação econômica era benéfica para o setor regulado. O caso brasileiro e o português de tentativa de regulação do serviço de transporte individual privado corrobora a teoria da captura econômica desenvolvida por Stigler, pois, tanto no projeto de lei brasileiro, quanto no português, o regulador apresentou diversas exigências que dificultam a entrada no mercado de novos competidores, exigindo vistorias, registros, comunicação à determinado órgão estatal, entre outras restrições que impossibilitam a exploração essencialmente privada do serviço de transporte com intermediação de plataformas digitais.

Constata-se que, tanto em Portugal, quanto no Brasil, o regulador estatal tem respondido aos novos empreendimentos oriundos da economia compartilhada, no caso específico de transporte realizado por veículos privados descaracterizados, de forma a

²¹ STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 27.

limitar a liberdade de concorrência, transmudando a natureza privada do serviço para atividade pública, ou de interesse público ou coletivo.

Essa postura regulatória vai de encontro à nova lógica econômica apresentada pelos empreendimentos da economia compartilhada. Se as limitações regulatórias continuarem, o desenvolvimento dos negócios inseridos na *sharing economy* ficará comprometido, podendo não desenvolver todo o potencial de geração de riqueza esperado com a utilização mais livre das plataformas digitais.

7. Conclusão

Analizou-se neste artigo o conceito de *sharing economy* e como as inovações trazidas pela economia compartilhada têm rompido com a lógica econômica desenvolvida ao longo do Século XX, apresentando para a coletividade um novo formato de uso dos produtos e serviços.

Verificou-se o quadro regulatório do transporte não equiparado a táxi em Portugal desenhado na Proposta de Lei nº 50/XIII, com a sua tendência de limitar a liberdade de iniciativa e de concorrência dos prestadores de serviço de transporte privado intermediado pelas plataformas eletrônicas, a exemplo do Uber e do Cabify.

Analizou-se, também, a moldura regulatória contida no Projeto de Lei 5.587/16, aprovado pela Câmara dos Deputados em abril de 2017. Em cotejo, a norma portuguesa e a brasileira apresentam tendência de limitar a liberdade econômica dos prestadores do serviço de transporte privado em veículos descaracterizados, que utilizam plataforma digital para intermediação do serviço entre o prestador e o usuário do serviço.

Constatou-se que, apesar da economia compartilhada ser uma forma eficiente das pessoas gerarem renda para si mesmas e para as suas famílias, possibilitando que qualquer pessoa, através do uso de aplicativos, possa colocar à disposição de outrem o serviço de transporte privado, com possibilidade de incremento positivo da economia nacional, a regulação Estatal do Brasil e de Portugal, cedendo à pressão do grupo de interesse que representa a categoria de taxistas, optou por impor aos prestadores do serviço de transporte privado uma série de requisitos, com previsão de penalidades para o caso de descumprimento, o que gerou custos operacionais aos prestadores que diminuiu consideravelmente a vantagem competitiva natural dos empreendimentos que utilizam tecnologia da informação em sua operação.

Diante da nova realidade apresentada pelas plataformas digitais que fornecem a intermediação entre os prestadores de serviço de transporte privado e os utentes desse serviço, a indústria tradicional de transporte diretamente afetada pela inovação mencionada, a classe econômica dos taxistas, viu-se na iminência de extinção, caso não se adaptasse à nova realidade. Ao invés de adaptar-se a esse novo paradigma de prestação do serviço, preferiu, através do processo de *lobbying*, envidar esforços para influenciar a regulação estatal, com a criação de barreiras aos novos entrantes. Assim, surge o

problema de pesquisa proposto neste trabalho: Por que Portugal e Brasil possuem reposta regulatória similar à economia compartilhada?

Para fazer frente ao problema de pesquisa proposto, analisou-se, individualmente, o Projeto de Lei 5587/16, aprovado pela Câmara dos Deputados do Brasil, e a Proposta de Lei nº 50/XIII, apresentada pelo Conselho de Ministros de Portugal, para, depois, fazer o cotejo entre as duas propostas legislativas regulatórias para identificar os pontos em comum na lógica regulatória adotada pelos países mencionados, ratificando a hipótese proposta neste estudo: os órgãos reguladores dos dois países não estão imunes ao fenômeno da captura regulatória, sendo a regulação estatal um meio eficiente para atender aos interesses dos entes regulados já existentes no mercado.

A inovação disruptiva trazida pela economia compartilhada rompeu não apenas modelos de negócios, mas também a certeza que havia nos modelos tradicionais de regulação econômica estatal. Essa disrupção desafia não apenas as funções do Estado, como também o setor produtivo, que precisará se adaptar à nova realidade se quiser permanecer de forma competitiva no mercado. A reação inicial à essas mudanças foi, no Brasil e em Portugal, procurar limitar, através da regulação estatal, os novos modelos de negócios criados no ambiente da *sharing economy*. Porém, tudo indica que esse modelo regulatório tradicional, ainda com a lógica do século passado, além de prejudicar a população, pois ficará privada de acesso a serviços mais eficientes e menos custosos, dificulta a geração de riqueza para os indivíduos que pretendem ofertar serviços através de plataformas digitais, o que, por consequência, implicará em menor riqueza para a economia como um todo.

A economia compartilhada é um fenômeno que veio para ficar, independente da resistência ora encontrada por algumas categorias profissionais e por setores governamentais. Para que o Brasil e Portugal não fiquem fora da nova revolução econômica propiciada pela *sharing economy*, mister a realização de debates amplos da sociedade civil, dos órgãos reguladores e de todos os interessados no desenvolvimento de empreendimentos nesse formato, buscando encontrar e adotar soluções regulatórias que fomentem a criação de mais empreendimentos, e não que impeçam a criação e funcionamento dos modelos de negócios do Século XXI. Eis o futuro.

8. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 10/07/2017.

CÂMARA MUNICIPAL DE JOÃO PESSOA. **Lei ordinária nº 13.105, de 30 de novembro de 2015**. Disponível em: <<http://177.200.32.195:9673/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/16865_texto_integral>>. Acesso em: 08/03/2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5.587-A de 2016**. Disponível em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088280>>>. Acesso em: 15/04/2017.

CONSELHO DE MINISTROS. **Proposta de Lei nº 50/XIII**. Disponível em: <<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334277624455774c56684a53556b755a47396a&fich=ppl50-XIII.doc&Inline=true>>>. Acesso em: 30/07/2017, p. 1, 6 e 9.

DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Lei nº 35/2016**. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/75774118/details/maximized?p_auth=u4b9kAmF>>. Acesso em: 27/07/2017.

_____. **Decreto-Lei nº 251/98**. Disponível em: <<<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75769585/view?consolidacaoTag=Transportes&consolidacaoType=Decreto-Lei>>>. Acesso em: 27/08/2017.

DUGUIT, León. **Fundamentos do Direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.p. 47-48, 56 e 60-61.

GIRÓN, Alicia. International Monetary Fund: From the Stability to the Instability of the Washington Consensus and the Reforms in Latin America. In: LECHINI, Gladys (Editor). **Globalization and the Washington Consensus – Its Influence on Democracy and Development in the South**. Buenos Aires: CLACSO, 2008, p. 44.

LODDI, João Bosco. **Lobby, os grupos de pressão**. São Paulo: Pioneira, 1986.p. 3.

LUZ NETO, Luiz Guedes da. **Agências reguladoras: Uma promessa não realizada contra o risco da captura**. Dissertação de Mestrado (PPGCJ/UFPB). João Pessoa, 2016, p. 59, 62.

_____. A Economia Compartilhada e seus Desafios no Brasil. In MIRANDA GONÇALVES, R., VEIGA, F. S., MAGALHÃES, M. M. (Eds.). **Derecho, gobernanza e innnovación: Dilemas jurídicos de la contemporaneidad em perspectiva transdisciplinar**. Porto : Universidade Portucalense, 2017, ISBN 978-972-9354-46-5. doi: <http://dx.doi.org/10.21788/isbn.978-972-9354465>, p. 420 e 428.

OBSERVADOR. **Apesar das multas e ausência de regulamentação, Uber reforça serviços em Portugal**. Disponível em: <<<http://observador.pt/2017/06/28/apesar-das-multas-e-ausencia-de-regulamentacao-uber-reforca-servicos-em-portugal/>>>. Acesso em: 27/07/2017.

STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. *In*: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 27

UMA CRÍTICA AXIOLÓGICA SOBRE O SISTEMA DE NULIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO AO ACESSO À JUSTIÇA COMO FORMA DE GARANTIR A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

ONE AXOLOGICAL CRITIC ABOUT THE NULITY SYSTEM IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCESS CODE AND THE CONSECRATION OF THE PRECEPT OF ACCESS TO JUSTICE AS A WAY TO ASSURE THE APPLICABILITY OF THE HUMAN RIGHTS

Luís Fernando Centurião Argondizo¹

Universidade Paranaense – UNIPAR

Moisés Casarotto²

Universidade Paranaense – UNIPAR

Sumário: 1. Introdução; 2. O novo Código do Processo Civil brasileiro – lei 13.105/2015 – uma ferramenta a serviço da cidadania; 3. Conceituação clássica das nulidades no processo civil; 4. Regime geral das nulidades no processo civil brasileiro; 5. Princípios que informam as nulidades no sistema processual brasileiro; a) Princípio da instrumentalidade; b) Princípio do prejuízo; c) Princípio da utilidade; d) Princípio da Boa-Fé; 6. Nulidades absolutas e relativas no sistema processual civil brasileiro; 7. Correção dos vícios processuais no sistema processual civil brasileiro; 8. Princípio do acesso à justiça como forma de garantia dos direitos humanos e o regime das nulidades no sistema processual civil brasileiro; 9. Conclusão; 10. Referências

1. Introdução

O presente trabalho visa debater de forma crítica, através da realização de abordagens doutrinárias e comparação fático legais entre os diplomas processuais brasileiros, sendo o que se encontra em atual vigência e seu sucessor, ainda, demonstrar os avanços advindos do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, como forma de garantir a aplicação dos dispostos constitucionais que foram consagrados na nova carta constitucional da república brasileira em 1.988.

Porém, sem olvidar de prospectar pensamento nas origens clássicas processuais, realizam breve análise doutrinária sobre o tema, expondo a essência do instituto das

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Professor do Projeto de Especialização em Conciliação, Mediação e Arbitragem da Universidade Paranaense – UNIPAR

² Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

nulidades, em confrontação e/ou adequação com os ditames processuais clássicos, demonstrando sua aplicabilidade e respeito as partes do processo e a sociedade.

Tal abordagem tratará de modo especial quanto as nulidades processuais consagradas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, demonstrando de forma lógica os avanços inerentes ao tema, realizando análise dos princípios consagrados no referido instituto, bem como, evidenciar a confrontação constitucional, onde visa-se a proteção dos direitos fundamentais a todos os cidadãos brasileiros, como reflexo automático, garantir o respeito aos direitos humanos a todos que debruçem-se sobre o judiciário na busca de solução de suas mazelas pessoais, quiçá, sociais, haja vista a potencialização social advinda da Carta Constitucional de 1.988, que veio trazer garantias, até então inexistentes para a população.

Ainda, evidenciar os avanços de fungibilidade que visam trazer estabilidade jurídica ao processo, bem como, segurança as partes que dele participam, em consequência da relativização das nulidades, sendo-as analisadas frente aos princípios constitucionais que foram consagrados à luz dos direitos humanos, em uma tentativa de humanizar o processo civil brasileiro, buscando-se a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e presente no cotidiano dos brasileiros, que acreditavam que o judiciário era lugar dos abastados da alta classe social, que dominava as relações políticas, jurídicas e sociais da coletividade desde os primórdios pátrios.

Por fim, uma revisão axiológica frente ao princípio do acesso à justiça, em breve paralelo frente a realidade processual civil anterior existente no Brasil, confrontando-o frente a promulgação da Carta Constitucional de 1.988, onde consagrou-se grande número de direitos básicos e fundamentais do Estado frente aos brasileiros, com a consagração do Estado Democrático e de Direito, situação que não ocorria no país havia mais de três décadas, sendo necessária uma grande reflexão sobre o tema, bem como, o modo de aceitação e entendimento da população frente ao acesso à justiça que até então era mitigado.

2. O novo Código do Processo Civil brasileiro – lei 13.105/2015 – uma ferramenta a serviço da cidadania

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, restou sancionado através da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, entrando em vigência no dia 18 de março de 2016, tendo assim, pouco mais de um ano de aplicação no processo civil brasileiro, em companhia de grandes dúvidas e incertezas quanto as inovações que sedimentaram-se sobre o processo civil brasileiro.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro é fruto do trabalho e uma comissão composta por juristas e doutrinadores nomeados pelo Senado da República³, onde realizaram um trabalho visando a reforma, modernização e adequação aos princípios constitucionais nacionais que foram consagrados com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, afinal, resta destacar que o diploma processual anterior havia sido concebido no ano de 1.973, em período que o Brasil regia-se por governo ditatorial militar.

Não se pode esquecer o momento histórico que se viveu no Brasil no decorrer de toda a década de 1.980, um momento de forte transição social, política e jurídica, onde voltou-se a consagrar, ou mesmo, consagrou-se novos princípios e direitos sociais e individuais aos cidadãos que estavam relegados destes havia mais de três décadas por conta do regime militar de governo que se encontrava instaurado no país, diante de toda essa ebulição social, a Carta Constitucional de 1.988 foi concebida como sendo a Constituição Cidadã⁴.

A obrigatoriedade de interpretação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro sob a luz de princípios e valores que emanam da Carta Constitucional, resta consagrado já em seu artigo primeiro, donde se extrai leitura literal e impositiva a esta disposição, vejamos na transcrição do dispositivo do artigo 1º, da Lei 13.105/2015: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”⁵

Importante ainda destacar a análise realizada pela comissão responsável para elaboração do ante projeto que serviu de alicerce ao texto efetivado foi a valente tentativa de incluir no texto a realidade social brasileira, haja vista a grande mutação social ocorrida desde o advento do diploma processual anterior, sendo reflexo dos avanços e garantias consagrados ao final da década de 1.980.

Um estigma que imperava no direito brasileiro até a promulgação da Carta Constitucional de 1.988, era a impossibilidade de acesso à justiça por qualquer da população, por mais que se existia previsão legal, esta restava mitigada seja pelas dificuldades de acesso, seja pelas imposições sociais de classe ou ainda, pelas castas jurisdicionais que se propagaram pelo país no período em que o país viveu sobre regime governamental militar, onde se supriu expressamente uma infinidade de direitos da população.

Com isso, a busca da justiça, bem como, possibilitar seu acesso, gozo e satisfatório resultado, em tempo adequado e observância mínima aos princípios constitucionais em

³ MEDINA, J. M. G. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁴ MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

⁵ BRASIL, *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

face dos preceitos processuais que até então encontram-se em patamar de igualdade de tratamento, sendo este entendimento consagrado no artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, onde sentenciou que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”⁶, sendo este dispositivo confirmação legal processual do já previsto na Carta Constitucional de 1.988, em específico no artigo 5º, inciso XXXV⁷, sendo este marco gerador do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito da ação, sendo este garantidor da ordem jurídica brasileira, onde garante-se a condição de acesso à justiça a todos da população, em sua essência primeira.

Outro avanço evidenciado no Novo Código de Processo Civil é a busca constante pela realização da resolução consensual do processo, onde impõe-se além da previsão anterior, onde se acolhia a realização de convenção consensual entre as partes, consagrando o princípio da cooperação entre as partes, Já que encontramos no novo texto a possibilidade de transações convencionais entre as partes no transcorrer do processo, seja na forma da consensualidade para a finalização do processo, ou ainda, a realização de formas de saneamento e controle do transcurso processual⁸.

No que concerne ao sistema de nulidades junto ao processo civil brasileiro, este sofreu poucas alterações com o advento do novo diploma, porém necessária atenção ao instituto para que possamos realizar uma análise adequada, tanto para a identificação das alterações, quanto para a interpretação adequada dos dispositivos legais que regem o instituto, facilitando, assim, seu utilização visando garantir o máximo aproveitamento do processo.

Ao observar o Novo Código de Processo Civil Brasileiro extrai-se clara intenção de aplicação da interpretação de uma justiça popular, ou em melhor leitura, uma justiça mais próxima da população, empregando-lhe um fim social e de bem comum⁹, com a utilização de princípios como forma de garantir a aplicação dos diplomas legais, já que este busca a melhor adaptação entre a realidade fática e jurídica vivida no momento da aplicação da lei¹⁰.

Diante do exposto pode-se afirmar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, trouxe grandes avanços garantindo a cidadania de muitos brasileiros, que até então, encontravam-se afastados do acesso ao judiciário pátrio, trazendo certa forma de dignidade das pessoas, que podem ter suas vozes ouvidas, pleitear seus direitos, bem como, cobrar uma resposta adequada do jurisdicionado para com seus clamores.

⁶ BRASIL, *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1998.

⁸ WAMBIER, L.R. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*, volume 1. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁹ MEDINA, J. M. G. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁰ ALEXY, R. *La Institucionalización de la Justicia*. 2. ed. ampliada. Granada: Editorial Comares, S.L., 2010.

3. Conceituação clássica das nulidades no processo civil

Antes de adentrarmos aos preceitos empregados ao Novo Código de Processo Civil Brasileiro vale uma breve viagem sobre o instituto das nulidades no âmbito geral do processo civil, com a leitura de clássicos da doutrina processual.

O assunto sempre foi de grande polêmica no âmbito processual, pois gira em confronto de princípios que norteiam o processo, pois minimamente asseguram a segurança jurídica que todo cidadão busca ao buscar acolhida no judiciário, bem como, busca atendem a previsão da celeridade processual, que é reflexo positivo da mesma segurança jurídica que se tenta ao analisar a ocorrência ou não das nulidades processuais, já que essas atingem diretamente os resultados do processo, ou mesmo, a sua duração.

Na lição de Francesco Carnelutti¹¹ exprimimos que existem dois tipos de nulidades, quais sejam as nulidades absolutas e as nulidades relativa, donde a primeira expressa uma inidoneidade irreparável do ato, sendo este ato considerado inexistente, enquanto a segunda trata de defeitos sanáveis, ou que permitam reparação, garantindo ao ato a produção de efeitos, desde que sanada a irregularidade apontada, convalidando-se em ato perfeito, com isso restando livre de sanção por conta de sua nulidade originária.

Nota-se, com isso, que o liame entre a nulidade e o aproveitamento do ato no processo é tênue e com isso gera grande interesse pelas partes afetadas pelas supostas irregularidades que ensejariam a nulidade de um ato processual, já que este pode trazer vantagem processual a parte que lhe aproveitar, o que vem em afronta ao princípio da cooperação que se consagra no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Porém, o assunto sempre contou com a preocupação do legislador, bem como, dos doutrinadores do direito processual civil, que debruçam-se sobre o tema e analisam os reflexos dos tipos possíveis de nulidade no processo, na tentativa de elucidar e elencar condições de confirmação de nulidade absoluta ou relativa dos atos.

Retrato desta busca constante, podemos extrair da leitura do Código Civil Italiano de 1940, onde Piero Calamandrei, realizou diversas mudanças no âmbito processual, algumas merecedoras de críticas, outras garantidoras de avanços, porém, o presente não possui intenção de analisar de modo profundo o diploma em comento, ao contrário, vem apenas demonstrar a sutileza de atenção que carece o tema.

Do Código de Processo Civil Italiano de 1940, observamos o artigo 156 que segue transcrito¹², “Art. 156. *Transcendência da nulidade* – Não poderá a nulidade ser pronunciada por inobservância de formas de nenhum ato do processo, quando a

¹¹ CARNELUTTI, F. *Teoria Geral do Direito*. Trad. QUEIRÓ A. R. e DE CASTRO A. A., São Paulo: Livraria Acadêmica, 1942.

¹² CARNELUTTI, F. *Sistema de direito processual civil*. Trad. OLIVEIRA H.M. – 1. ed. – São Paulo: Classi Book, 200.

nulidade não estiver cominada na lei. Poderá, entretanto, ser pronunciada quando o ato carecer dos requisitos formais indispensáveis para conseguir sua finalidade. A nulidade não poderá nunca ser pronunciada, quando o ato tiver alcançado a finalidade a que esta destinado.”

Ou seja, demonstra-se que já em meados do século passado vislumbrou-se a primazia do resultado processual, claro que salvaguardadas as cautelas necessárias para a não convalidação de atos dotados de nulidade absoluto ou de vícios que afrontam garantias constitucionais das partes ou de terceiros que possam ser envolvidos na produção das provas.

Ainda, cabe ressaltar a lição do mestre Giuseppe Chiovenda¹³, que leciona que: “o processo não é uma unidade apenas porque os diversos atos, de que se compõe, se associam com um objeto comum. (...). O processo, ao contrário, é uma unidade *jurídica*, uma empresa *jurídica*, em outros termos, uma relação *jurídica*.”

Deste modo imperiosa análise do processo com um organismo completo para sua ideal interpretação e entendimento, haja vista este ser o meio responsável pela produção da satisfação jurisdicional, qual seja a sentença, ou mesmo a possibilidade de encontrar uma resolução consensual para a demanda, mas sempre em observância ao previsto processual e legal, pois esta é a consagração da justiça processual, onde se possibilita o resultado adequado, em tempo razoável, com a segurança jurídica necessária para dar conforto as partes de que o resultado obtido satisfaz seus clamores, independente do mérito prolatado ao final.

4. Regime geral das nulidades no processo civil brasileiro

O tema nulidades processuais sempre foi um tema bastante controvertido na seara jurídica brasileira, seja pela adoção de terminologias distintas, seja pelas várias classificações doutrinárias, ou mesmo pelas inúmeras condições para a sua aplicação, entre outros motivos.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro não trouxe mudanças substanciais na regulamentação da matéria quando comparado com o previsto no diploma processual anterior, o que não impede uma releitura do tema sob o prisma constitucional, que foi consagrada após o advento do diploma processual pretérito, e dos princípios positivados logo no início do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Nesse sentido, assinala Antonio do Passo Cabral¹⁴: "De início, cabe lamentar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (LGL\2015\1656) não tenha sido ousado em alterar as regras das invalidades. (...) Não obstante, seria equivocado de nossa parte

¹³ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. – Campinas: Bookseller, 2002.

¹⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo*. In: Revista de Processo, vol. 255/2016, p. 117 - 140, Maio/2016, DTR\2016\4687.

imaginar que não houve mudança. (...) Dentre as mudanças intensas introduzidas pelo novo CPC (LGL\2015\1656), e que têm impacto nas invalidades, destacamos: a consagração dos princípios do contraditório (compreendido como influência), da boa-fé e da cooperação; o resgate da vontade na prática dos atos do processo; a introdução do princípio da prevalência do exame de mérito; o aumento da flexibilização formal do procedimento, seja pelo juiz, seja pelas partes; o incremento dos deveres de fundamentação das decisões judiciais."

Na mesma direção, ressaltam Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁵: "Na medida em que se reconhece o contraditório como direito fundamental de participar do processo e influenciar as decisões judiciais e que se visualiza no órgão jurisdicional (arts. 7º, 9º e 10, CPC), vale dizer, o dever de consulta às partes, próprio da colaboração (art. 6º, CPC), não pode o órgão jurisdicional decretar qualquer invalidade processual sem antes ter ouvido-as a respeito da questão. (...) Ainda, o novo Código é claro em preferir soluções de mérito - que enfrentem efetivamente as alegações concernentes ao direito material - em detrimento de soluções puramente processuais: não só porque destacou entre suas linhas fundamentais o direito à tutela jurisdicional tempestiva (art. 4º, CPC), que constitui clara expressão do princípio da economia processual, mas também por força do dever de colaboração judicial (art. 6º, CPC)."

Neste contexto, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro traz um título específico para as nulidades, que compreende dos artigos 276 até 283, utilizando palavra "nulidade" para disciplinar a sanção legal que fulmina o ato processual maculado de vício insanável. Os vícios que nulificam os atos processuais, em regra, estão atrelados à desconformidade do conteúdo do ato processual ou do procedimento com sua finalidade, descumprimento do prazo fixado para a prática do ato processual, falta de observância de formalidade essencial para a prática do ato, ou pela impossibilidade da prática do ato processual¹⁶.

Sobre o tema, Alexandre de Câmara Freitas¹⁷, aduz: "Pode-se, então, afirmar que é inválido o ato processual que tenha sido praticado com inobservância de alguma norma jurídica. "

Assim, as nulidades são consequências jurídicas que incidem sobre atos processuais defeituosos praticados contrários à norma jurídica. Todavia, mesmo verificada a nulidade, nem sempre ela será decretada, motivo pelo qual pode-se dizer que as nulidades são defeitos ou vícios que podem invalidar um ato processual, de acordo com a gravidade e o sistema processual que rege o tema, especialmente, os princípios aplicáveis.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Por fim, importante registrar que os requisitos para validade do processo e dos atos processuais existem para assegurar a concretização das garantias mínimas do "devido processo legal", motivo pelo qual as nulidades podem ser consideradas como técnica de proteção das garantias processuais¹⁸.

5. Princípios que informam as nulidades no sistema processual brasileiro

As leituras constitucional e infraconstitucional sobre as nulidades reforçam a natureza instrumental do processo civil, ou seja, de instrumento para proteção e efetivação do direito material, tanto que nem sempre que a nulidade seja evidenciada ela será decretada, pois o sistema processual está comprometido com o aproveitamento dos atos processuais¹⁹.

A decretação de qualquer nulidade processual e sua extensão depende da análise dos princípios que orientam o sistema das nulidades, por isso a importância de conhecê-los.

Sobre o principiologia que orienta o sistema de nulidades, explica Teresa Arruda Alvim Wambier²⁰: "Do que foi dito, pode chegar-se a conclusão de que o sistema das nulidades e das anulabilidades processuais rege-se pelo direito positivo e por uma série de princípios que nele se manifestam de forma ora clara, ora sutil, em alguns dispositivos específicos. A partir desse conjunto é que se pode pensar em montar um sistema, não exauriente, mas pelo menos razoavelmente abrangente, das nulidades processuais."

É importante destacar, no entanto, que os princípios que informam o regime das invalidades processuais são distintos do direito privado, como adverte Teresa Arruda Alvim Wambier²¹: "Portanto, é impossível confundir ou assimilar as nulidades civis às processuais, já que estas últimas se governam por princípios totalmente diferentes."

Os principais princípios que informam o regime das nulidades processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro são: o princípio da instrumentalidade (art. 277), o princípio do prejuízo (art. 282, § 1º), o princípio da utilidade (art. 282, § 2º) e o princípio da boa-fé (art. 276), entre outros.

¹⁸MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁹ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 937.

²⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²¹Ibid.

a) Princípio da instrumentalidade

O princípio orientador das nulidades processuais é o da instrumentalidade das formas, baseada no alcance da finalidade do ato defeituoso. Se o ato é irregular, mas alcança a finalidade para a qual foi praticado, não há razão suficiente para que seja sancionado, em homenagem ao princípio da efetividade do processo e da economia processual.

Nesse sentido prescreve o art. 277, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade."

O que nos remete a lembrança do artigo 156 do Código de Processo Civil Italiano de 1940, exposto e comentado anteriormente, donde se confirma a leitura em prol do processo e da celeridade que intenta o legislador brasileiro dar ao novo diploma processual do país.

Corroborar também o referido princípio ao art. 283, *caput*, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, ao estabelecer que: "O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais."

A respeito do princípio da instrumentalidade Cândido Rangel Dinamarco²² leciona: "Daí a grande elasticidade a ser conferida ao princípio da instrumentalidade das formas, que no tradicional processo legalista assume papel de válvula do sistema, destinada a atenuar e racionalizar os rigores das exigências formais; no processo marcado pela liberdade das formas, o princípio da instrumentalidade tem importância de parâmetro da própria liberdade e serve para amparar o respeito às garantias fundamentais, como penhor da obtenção de resultados, portanto, da validade do ato."

A preocupação com a instrumentalidade também é defendida por Giovanni F. Priori Posada²³ que afirma: "Los requisitos formales ceden ante la necesidad de asegurar el ejercicio de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva."

Na mesma direção, criticando o formalismo em si, Jorge W. Peyrano²⁴ refere que: "No nos cansaremos de repetir que durante mucho tiempo el formalismo inherente y aun necesario para la buena marcha del proceso, se transformó en un rictus crispado que desterró sin miramientos todo intento de "humanizarlo", si por tal se entiende que el respeto principalista a la forma no debe hacer perder de vista la calidad instrumental del proceso y su consiguiente carácter de sirviente de los protagonistas del drama que

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²³ POSADA, Giovanni F. Priori. *La Constitucionalización Del Derecho Procesal*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, vol. 3/2016, Jan - Jun/2016, DTR\2016\20400.

²⁴ PEYRANO, Jorge W. Nulidades Procesales con Especial Referencia a Los Distintos Vicios que Pueden Generarlas. In: Revista de Processo, vol. 82/1996, p. 161 - 172, Abr - Jun / 1996

involucra. "El proceso por el proceso" no puede ni debe existir. La 'justicia robótica' (aquella que sólo se preocupa por construir silogismos perfectos sin parar mientes en que el silogismo judicial es imperfecto porque en sua elaboración interfiere un sistema de valores) tampoco".

Por fim, é digno de nota que este princípio também está expresso no art. 188, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que inaugura o Livro IV, da Parte Geral, *in verbis*: "Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial."

b) Princípio do prejuízo

Outro princípio importante é o do prejuízo, pois se o ato irregular praticado não trouxer prejuízo algum à parte ou ao desenvolvimento do processo, a nulidade não deve ser decretada. Nessa senda determina o art. 282, § 1º, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte."

Na mesma direção reza o art. 283, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte."

Sobre o tema Alexandre Freitas Câmara²⁵ aduz: "Além do princípio da instrumentalidade das formas, outro princípio fundamental para a compreensão do sistema das invalidades processuais é o princípio do prejuízo (arts. 282, § 1º, e 283, *caput* e parágrafo único), por força do qual '[o] ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte'. Em outros termos, não há invalidade sem prejuízo (ou, como afirmava a tradicional máxima do Direito francês, *pas de nullité sans grief*). Daí se extrai, portanto, que não se pode reconhecer a invalidade do ato processual se do vício de forma não resultou dano."

Na mesma senda, argumenta Teresa Arruda Alvim Wambier²⁶: "Não há nulidade sem prejuízo. Não se deve anular um ato ou decretar a sua nulidade, não tendo havido prejuízo à parte. (...) A imagem rígida da nulidade, em terreno processual, dá lugar à necessidade de que se tenha interesse em levantá-la, porque se teve prejuízo."

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Referido princípio reforça o compromisso com a preservação dos atos processuais e que a nulidade deve ser a exceção, somente para as hipóteses em que não há possibilidade de sanação²⁷.

c) Princípio da utilidade

Por este princípio, o sistema processual permite que um ato viciado possa ser aproveitado, parcial ou totalmente, desde que verificada sua utilidade para o processo, pois a atividade jurisdicional é desenvolvida para solução de mérito do litígio.

O art. 282, § 2º, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, expressa bem o princípio da utilidade: "Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou supri-lo a falta."

Desdobramento também do referido princípio, a possibilidade do aproveitamento de atos úteis e não contaminados por eventual nulidade decretada, conforme determina o art. 281, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes."

Ademais, o aproveitamento parcial do procedimento por possa estar contaminado com alguma nulidade, visa consagrar outros princípios processuais gerais, como o princípio da economia processual, ainda, o princípio da segurança jurídica, afinal, com esse aproveitamento estar-se-ia realizando um tratamento adequado ao feito já realizado, bem como, consagra o princípio da celeridade, que garante resposta jurisdicional em tempo adequado.

Sobre a dependência e independência da cadeia de atos processuais, Teresa Arruda Alvim Wambier²⁸ assevera: "O processo é um conjunto de atos concatenados e interdependentes. Portanto, se um ato for nulo, este vício tem como consequência a mácula de todo um segmento processual que lhe (ao ato nulo) segue, e que daquele ato depende."

Este princípio revela um forte compromisso do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, com o seu art. 4º: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa."

²⁷ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros.

²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

d) Princípio da Boa-Fé

O princípio da boa-fé exige que a atividade da parte seja direcionada ao regular desenvolvimento do processo, agindo cooperação, lealdade e probidade. Assim, por exemplo, a parte que deu causa à nulidade não poderá requerer sua decretação, sob pena de se beneficiar da própria torpeza.

Veda-se, assim, o denominado *venire contra factum proprium*, pois a parte que deu causa à nulidade não pode argui-la. Nessa direção é a redação do art. 276, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa."

É importante ressaltar que, o art. 276 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, é a manifestação no campo das nulidades do art. 5º, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé."

Sobre a relevância da boa-fé no novo contexto processual, ensina Antonio do Passo Cabral²⁹: "A ideia de boa-fé processual (compreendida como boa-fé objetiva, *Treu und Glauben* para os alemães, e não a boa-fé crença ou boa-fé lealdade da concepção do antigo direito privado) e de cooperação (*Sammelmaxime*) é buscar no processo espaços de convergência entre individualismo e solidarismo, entre o público e o privado, entre o interesse das partes na vitória e a observância de padrões éticos mínimos na utilização dos instrumentos processuais. (...) Da boa-fé, podem ser extraídos deveres processuais (anexos ou laterais) que impõem o respeito ao outro e protegem as expectativas legítimas criadas pelos comportamentos processuais dos litigantes nos demais. Institutos relacionados à boa-fé, como o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), a proibição de comportamento contraditório no processo (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *supressio* ou a versão germânica da *Verwirkung*, o *tu quoque* e outros deveres derivados da boa-fé são aplicáveis ao processo fazendo com que condutas possam ser preservadas (não invalidadas) e outras inadmitidas (até por força de preclusões lógicas) quando ferirem padrões de conduta (comissivos e omissivos) criadores de expectativas."

Além disso, percebe-se que expansão do princípio da boa-fé processual é uma tendência moderna, como afirma Joan Picó I Junoy³⁰: "Los modernos códigos de enjuiciamiento civil están inspirados por el principio de la buena fe procesal, pues la buena fe se configura como el modo de actuar que informa la regulación de todo el sistema procesal. Por ello, dado su carácter genérico, este principio resulta de aplicación

²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo*. In: Revista de Processo, vol. 255/2016, p. 117 - 140, Maio/2016, DTR\2016\4687.

³⁰ JUNOY, Joan Picó I. *El Principio De La Buena Fe Procesal Y Su Fundamento Constitucional*. In: Revista de Processo, vol. 196/2011, p. 131 - 162, Jun/2011, DTR\2011\1615.

a cualquier tipo de proceso –ordinario o especial– y en cualquier etapa del mismo – declarativa, ejecutiva o cautelar–; y alcanza a todo 'interviniente' en el proceso, esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos etc."

Da conjugação dos citados princípios, pode-se apontar, pelo menos, três estágios para decretação da nulidade: 1º) se houve vício no ato, verificar se sua finalidade foi atingida; 2º) tendo havido o vício, ver se é o caso de decretar a nulidade, pois não se decreta a nulidade quando: puder decidir o mérito a favor de quem a aproveita, não houve prejuízo às partes; ou requerida por quem deu causa; 3º) se for decretada a nulidade, definir o seu alcance, ou seja, que efeitos devem ser cassados e que efeitos podem ser mantidos³¹.

Ademias, também é necessária uma filtragem constitucional sobre o tema com vistas à prevalência dos princípios constitucionais que norteiam o processo com destaque para os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da razoável duração do processo, do acesso à justiça, entre outros.

Portanto, dos princípios acima citados, verifica-se que o sistema de nulidades está comprometido, ao máximo, com o aproveitamento dos atos processuais, pelos diversos instrumentos que permitem a sanção do vício, evitando-se, na medida do possível, a decretação de nulidades.

6. Nulidades absolutas e relativas no sistema processual civil brasileiro

De acordo com a leitura do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, as nulidades ainda podem ser classificadas em absolutas e relativas, refletindo a classificação clássica do tema realizada pelo mestre Francesco Carnelutti em sua obra que dá suporte ao processo civil moderno brasileiro.

A clássica distinção, embora não solucione todas as situações concretas, é muito bem sintetizada por Teresa Arruda Alvim Wambier³², que assim diferencia nulidades absolutas e nulidades relativas (estas últimas denominadas pela autora como anulabilidades): "O sistema das nulidades do processo se baseia em dois enunciados fundamentais. 1. As nulidades podem ser alegadas pelas partes, a qualquer tempo, e decretadas pelo juiz de ofício, inexistindo, pois para aquelas e para este, preclusão. (...) Mas não são insanáveis relativamente à perspectiva de que o vício seja efetivamente corrigido. Como se disse, a sanabilidade do vício do ato, no processo, não se liga à sua gravidade. 2. As anulabilidades não podem ser decretadas de ofício, mas somente levantadas pelas partes. Não sendo tempestivamente, haverá preclusão, sanando-se o

³¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

vício. (...) Elas determinam a importância de se diferenciarem as nulidades absolutas das relativas".

A nulidade absoluta visa proteger o interesse público, por isso pode ser alegado pelas partes ou pronunciada de ofício pelo juiz e, em regra, não preclui, como forma de prestar segurança jurídica ao processo, afinal, por tratar-se de matéria de cunho público a possibilidade de preclusão ensejaria em prejuízo para a sociedade, não apenas as partes, são exemplos a incompetência absoluta, a não intervenção do MP quando obrigatória, a falta de citação, dentre outros.

Nesse mesmo sentido, Fábio Caldas de Araújo³³ leciona: "Logo, a nulidade absoluta representa defeito que compromete a validade da relação processual ao ponto de permitir que o juiz se manifeste de ofício sobre sua pronúncia. Mesmo em face de sua gravidade, a nulidade absoluta poderá ser plenamente convalidada, cujo exemplo maior reside no art. 239, § 1º, do CPC."

Por outro lado, a nulidade relativa evidencia o prejuízo causado às partes pela infração da lei sem que o interesse público seja atingido. Tal nulidade depende de arguição da parte interessada, sob pena de preclusão, afinal, por conter situação de interesse íntimo da parte não seria sensato conceder a este tipo de vício a condição de humor da parte, pois, assim, ter-se-ia instaurada a insegurança processual, deste modo não é possível a sua decretação de ofício pelo juiz, sendo exemplos a incompetência relativa, a perícia realizada sem intimação das partes e outros que não possuem condão do interesse público.

Tal entendimento é corroborado por Fábio Caldas de Araújo³⁴, ao afirmar que: "As nulidades relativas revelam a existência de potencial prejuízo para a relação processual, mas quando não suscitadas pelas partes em momento oportuno são acobertadas pela preclusão (art. 278 do CPC)."

O citado art. 278, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, prescreve: "A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento."

Assim o Novo Código de Processo Civil Brasileiro manteve a regra que existia no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, de que a nulidade deve ser alegada pela parte na primeira oportunidade que tiver, sob pena de preclusão (art. 278). Obviamente, a regra não é aplicável para os casos em que o juiz deve agir de ofício ou em que haja impedimento para a manifestação da parte (parágrafo único do art. 278).

³³ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁴ Ibid.

Outra interessante diferenciação feita pela doutrina, diz respeito às nulidades cominadas e não cominadas, como explica Alexandre Freitas Câmara³⁵: "Há, no direito processual, invalidades cominadas e não cominadas. Em outros termos, há casos em que a lei expressamente comina de invalidade um ato processual defeituoso. É o que se tem, entre outros casos, na hipótese de decisão não fundamentada (em que a invalidade é expressamente cominada pelo art. 93, IX, da Constituição da República). Outros casos há, porém, em que o ato processual é inválido ainda que isto não esteja expressamente afirmado em qualquer texto normativo (o que afasta a aplicação da antiga máxima *pas de nullité sans texte*, "não há nulidade sem texto", que tem origem no Direito francês). Assim é que há casos nos quais inegavelmente o ato processual será reputado inválido mesmo não havendo expressa cominação legal neste sentido, como se dá, por exemplo, no caso de se proferir sentença sem relatório (o que contraria o tipo da sentença, estabelecido pelo art. 489.)"

Importante ressaltar, no entanto, que não existe correspondência exata entre nulidades absolutas e relativas com as cominadas e não cominadas, pois o que diferencia a nulidade absoluta da relativa, basicamente é a gravidade e a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz³⁶.

Por fim, importante registrar também, a existência de "meras irregularidades" e "atos inexistentes". Meras irregularidades não constituem defeitos que geram nulidades, ou seja, são pequenos vícios que não acarretam a sua invalidação, sendo exemplos o erro de grafia, a numeração de páginas, o termos fora de ordem, dentre outros. Já, atos inexistentes são defeitos tão grandes que o ato sequer existe, ou seja, nem se pode falar em nulidade, porque o defeito pressupõe existência do ato, sendo exemplo clássico a sentença prolatada por quem não é juiz³⁷.

7. Correção dos vícios processuais no sistema processual civil brasileiro

As nulidades, sejam elas absolutas ou relativas, permitem a correção do ato processual, desde que seja possível, pela retificação, pela repetição ou pela convalidação.

Segundo José Miguel Garcia Medina³⁸: "Convalidar é tornar válido. Sob certo ponto de vista, rigorosamente, a convalidação somente sucederia com a correção do ato viciado, isso é, por sua sanção (cf. art. 282, caput, do CPC/2015). Na doutrina, porém, costuma-se afirmar que o ato processual pode ser convalidado pela preclusão, pela coisa julgada e pela ausência de prejuízo. Sendo assim, o vício não chega a ser corrigido, de

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³⁶ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

³⁷ Ibid.

³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

fato, mas o ato considerar-se-á válido, como se não houvesse vício. Em se tratando de vício decorrente da não observância de requisito processual estabelecido em proteção da parte, caso o vício não seja alegado pela parte na primeira oportunidade em que tiver que falar nos autos, fica o ato convalidado."

Por outro lado, reconhecido o vício, se não for o caso de convalidação, poderá ser ordenada a repetição ou retificação do ato, conforme a necessidade. O art. 282, *caput*, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro reconhece esta possibilidade ao estabelecer que: "Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados".

Sobre o tema assinalam Marinoni, Arenhart e Mitidiero³⁹: "Decreta a invalidade do ato, tem o órgão jurisdicional de declarar quais atos processuais são atingidos pela invalidade, determinando ao mesmo tempo as providências necessárias para regularização do processo. Os atos inválidos e os demais atos dele dependentes podem ser repetidos ou simplesmente retificados."

Nota-se, portanto, uma grande preocupação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro com a correção dos vícios, evitando-se ao máximo a decretação da nulidade.

Ademais, mesmo decretada a nulidade, sua interpretação deve ser restritiva, aproveitando ao máximo aquilo que for possível, como alerta José Miguel Garcia Medina⁴⁰: "Anula-se apenas aquilo que deve ser anulado, isolando-se o ato nulo (ou a porção nula do ato) daquilo que pode ser mantido hígido. O vício de parte destacável do ato não repercute em relação à sua porção que seja independente (art. 281, 2ª parte, do CPC/2015). Todo o sistema de nulidades conduz a esse modo de pensar. Assim, apesar de considerar sem efeito os atos dependentes do anulado (art. 281 do CPC/2015), dispõe a lei processual que devem ser desfeitos somente os atos "que não possam ser aproveitados. (art. 283 do CPC/2015). Como antes se observou, o vício não conduz necessariamente à decretação da nulidade, e a decretação da nulidade pode não impor, necessariamente, o desfazimento dos efeitos do ato."

8. Princípio do acesso à justiça como forma de garantia dos direitos humanos e o regime das nulidades no sistema processual civil brasileiro

O princípio do acesso à justiça, também chamado de princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário ou princípio da inafastabilidade do controle judicial, está previsto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação: "a lei

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Além de ter previsão constitucional, este princípio também foi positivado no Novo Código de Processo Civil Brasileiro, no seu art. 3º.

Nesse sentido Fabio Caldas de Araújo⁴¹ leciona: "O art. 5º, XXXV, da CF/1988 estabelece expressamente que toda pessoa terá direito de acesso ao Poder Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Este princípio veio explicitado pelo legislador infraconstitucional, como norma fundamental do sistema processual, no art. 3º do CPC: 'Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito'."

Este princípio exprime que ninguém poderá ter excluído o seu direito de buscar o Poder Judiciário para a resolução de quaisquer controvérsias que surjam da ameaça ou violação de seus direitos.

Nelson Nery Júnior⁴², comentando o referido princípio explica que não basta o simples acesso ao Judiciário, mas que a tutela jurisdicional seja adequada: "Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. Pelo princípio do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente."

O certo é que a garantia do acesso à justiça não se restringe apenas a propositura de ações judiciais, mas resguarda também o direito de defesa, pois nele deve estar as possibilidades reais das partes no processo serem ouvidos e influírem na atividade jurisdicional, que ao final deve ser adequada.

Nesse sentido, assevera Elpídio Donizetti⁴³: "A garantia de acesso ao Poder Judiciário também engloba a prestação jurisdicional adequada ao caso concreto. Isso quer dizer que não basta o simples acesso ao órgão jurisdicional; é preciso que às partes sejam conferidas todas as garantias inerentes ao processo, especialmente aquelas previstas na Constituição Federal, a fim de que a tutela jurisdicional seja satisfeita em toda a sua essência".

⁴¹ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁴² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209-210.

⁴³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

Em outras palavras, o princípio do acesso à justiça não significa apenas a possibilidade de provocar o Poder Judiciário, mas também o direito a regular tramitação do processo até decisão final e a possibilidade de manifestação das partes, seja do autor, seja do réu, pois o réu ao exercer seu direito de defesa, também está exercendo seu direito de acesso à justiça.

É da lavra do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, a definição sobre a essência da prestação jurisdicional a que impõe a Constituição Federal: "A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-Juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculada pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV, do art. 5º da Carta da República." (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., RE nº. 172.084/MG – DJ de 3/3/95, p. 4.111).

A partir da visão constitucional do princípio do acesso à justiça como dever de tutela jurisdicional adequada, pode-se constatar que o regime jurídico das nulidades está de acordo com referido princípio constitucional, que vem de encontro com a proteção dos direitos humanos e civis dos brasileiros, sendo garantia de um acesso pleno e satisfatório ao judiciário.

Isto decorre, especialmente, pelo compromisso do Novo Código de Processo Civil Brasileiro com o máximo aproveitamento dos atos processuais e os diversos mecanismos que permitem a sanção dos vícios, evitando-se, sempre que possível, a decretação da nulidade, o que possibilita uma celeridade processual, conferindo uma prestação jurisdicional mais ágil e eficaz para com o jurisdicionado, respeitando-se, assim, os princípios basilares da Constituição Federal de 1.988, bem como, o respeito irrestrito aos direitos humanos dos cidadãos que se submetem ao judiciário.

Ao prevenir e sanar as nulidades preserva-se o direito das partes de obterem uma resposta de mérito do Poder Judiciário, seja ela positiva ou negativa, concretizando assim a essência do princípio do acesso à justiça, com um resultado útil do processo, na mesma senda do princípio da primazia da análise do mérito (art. 4º do Novo Código de Processo Civil Brasileiro).

Sobre o tema e de maneira irretocável aponta Fabio Caldas de Araújo⁴⁴: "A leitura dos art. 276 a 283 do CPC deve ser realizada com aproximação da Constituição Federal. Muito embora o regime das invalidades seja construído pela legislação ordinária, a matriz constitucional é dado indissociável. A leitura do art. 5º, XXXV, da CF/1988 informa que o jurisdicionado busca perante o Poder Judiciário a concessão de tutela jurisdicional adequada. E, com base nesta leitura, o aplicador deverá, sempre que possível conceder a tutela ultrapassando obstáculos formais que impeçam o exame do mérito da demanda."

⁴⁴ ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

Ao analisar os princípios que orientam o sistema de nulidades, notadamente, o princípio da instrumentalidade (art. 277), o princípio do prejuízo (art. 282, § 1º), o princípio da utilidade (art. 282, § 2º) e o princípio da boa-fé (art. 276), percebe-se nitidamente a preocupação do Novo Código de Processo Civil Brasileiro com a superação de formalidades em prol do exame do mérito, sempre que possível, privilegiando assim o acesso à justiça em toda sua extensão.

Portanto, observa-se que o regime jurídico das nulidades no Novo Código de Processo Civil Brasileiro respeita e reforça o princípio constitucional de acesso à justiça, na medida em que está comprometido com uma tutela jurisdicional adequada, sempre priorizando a solução de mérito do processo que seja útil às partes.

9. Conclusão

Por todo o exposto, podemos observar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, veio de encontro a garantias constitucionais que foram instituídas de forma pétrea perante a sociedade brasileira, quando da promulgação do texto em 1.988, feito que colocou fim a um período de dor e sofrimento, social, político e de grande mácula jurídica na história do país.

Sendo este sentimento de cidadania e de responsabilidade do Estado para com os seus, consagrado na tentativa continua de se primar pelo aceso irrestrito da população ao judiciário, bem como, visando garantir a ordem jurídica justa e adequada, no trato processual, feito que pode ser comprovado com o manejo de entendimento dado ao tema do trabalho, já que visa garantir o resultado efetivo da demanda, em face da mera liberalidade formal do feito.

Ainda podemos confirmar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, vem de encontro com o anseio do cidadão, sendo uma tentativa de realização de uma tutela adequada, com a mescla do entendimento clássico processual, em face do processo civil da justiça brasileira, trazendo grande avanço interpretativo e funcional aos fóruns do judiciário brasileiro, em uma tentativa de agilizar e aperfeiçoar a prestação de serviços do judiciário, como forma efetiva de realização da justiça.

A interpretação do sistema de nulidades clássica exposta, ao comparar-se com o critério adotado no novo diploma processual denota grande influência ao entendimento hodierno do instituto em decorrência da interpretação dada pelo legislador ao confeccionar o novo texto.

Ainda, por mais que não se vislumbre grande revolução no tocante ao sistema de nulidades ao falar-se sobre os códigos processuais civis brasileiros, em especial ao código de 1.973 e o código de 2.015, vale ressaltar que o primeiro fora promulgado sobre regime ditatorial militar, enquanto o segundo fora consagrado em um regime democrático de direito pleno, possibilitando, assim, a expressão de anseios comuns da coletividade no

desenvolver do texto, que até então sofria grande influência da censura que existia na época de sua confecção.

Um reflexo prático desta revolução social se dá pela possibilidade de interpretação da norma além da única expressa no corpo do texto legal, o que a luz do regime militar se via inviável, em análise contínua podemos observar e confirmar que a interpretação das nulidades decorrem pela matriz constitucional, que hoje encontra-se repleta de princípios, em sua grande parte visando garantir direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros, o que por consequência impõe a interpretação dos textos legais brasileiros na luz de tais princípios, ainda, pela força normativa do próprio texto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que possui tal previsão de forma expressa.

Tal condição é inegável avanço aos ditames processuais pátrios, haja vista, visarem a garantia de uma ordem judicial justa, primando pelo resultado da demanda, sendo esta uma forma de respeito ao jurisdicionado que submete-se muitas vezes aos caprichos dos condutores do processo que interpretavam as regras processuais ao bel prazer de suas mentes, refutando princípios que hoje compõe a base solida da tomada de decisões do judiciário brasileiro.

Não se pode olvidar da importância dos princípios aplicados em especial ao tema específico do presente, qual seja o sistema de nulidades atual no judiciário brasileiro, nota-se que da leitura do conceito adotado no processo civil brasileiro na atualidade podemos extrair interpretações extensivas de princípios basilares que visam garantir um resultado satisfatório as partes, bem como, tentam aprimorar outros princípios inerentes ao processo civil de modo geral, como o princípio do devido processo legal, ou mesmo, o da celeridade processual.

Com base nos exemplos trazidos acima, vislumbramos o devido processo legal, no respeito irrestrito da produção processual, quando se oportuniza as partes a qualquer momento manifestarem-se sobre quaisquer assuntos que estejam ocorrendo na demanda naquele instante, sendo desnecessária a expedição de intimação específica para o feito, o que vem de encontro com o princípio da celeridade processual.

Tais princípios substanciam a aplicação dos demais elencados, onde se justifica através das imposições legislativas sua análise na busca da melhor solução ao processo, sendo imperiosa a demonstração de prejuízo da parte para confirmação de nulidade suscitada em qualquer momento processual.

Resguardando-se, ainda, as previsões que importam de nulidades absolutas que não podem ser atingidas pela preclusão temporal, por tratarem de assuntos que geram reflexos além dos envolvidos na demanda.

Nota-se, assim, a busca de uma segurança jurídica inquestionável, com a finalidade de sedimentar solidamente a resposta do judiciário para com a sociedade, onde, este intenta incansavelmente furtar-se das manipulações que muitos tendem a realizar, com clara e manifesta intenção de gerar tumulto processual, ou ainda, apenas postergar sua decisão, sendo este procedimento entendido como afronta ao princípio da

boa-fé, de modo especial, bem como, ao princípio da cooperação das partes, que vem consagrado no novo diploma processual civil, donde se extrai a necessidade das partes cooperarem entre si para obtenção de um processo ágil e justo, com resposta adequada a demanda.

Com isso, podemos asseverar que o sistema de nulidades do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, veio ao encontro dos anseios emanados da Carta Constitucional de 1.988, ainda, vem reafirmar uma tentativa de popularização do processo, onde permite-se a maior participação das partes no transcorrer processual, fato que pode ser observado no que concerne as anulabilidades processuais, quais são tratados como nulidades relativas, sendo-as possíveis de corroboração ao passo da não manifestação adequada ou tempestiva que possa arguir sua nulidade.

Corroborando todo o exposto, sendo ainda, forma de confirmação do tratamento principiológico dado ao instituto podemos afirmar que o modo de interpretação ao sistema de nulidades no Novo Código de Processo Civil Brasileiro vem abarcar a o princípio do acesso à justiça, afinal, este trata de forma inclusiva e visa garantir ao jurisdicionado além do direito de ação e incursão de uma demanda frente ao judiciário, vem assegurar que todo o processo ocorre de forma adequada e segura, trazendo observância mínimo aos preceitos legais vigentes no país.

Outra seara de importante observância é a imposição de respeito aos direitos humanos dados aos cidadãos que demandam no judiciário brasileiro sob à égide do Novo Código de Processo Civil, afinal, este vem de encontro com anseios internacionais de respeito ao indivíduo, acolhendo garantias de trato adequado, coma resposta adequada a demanda, seja na duração razoável do processo, ou mesmo, quando do emanar da decisão final da demanda, que é o objetivo final de qualquer processo.

Porém, toda essa busca de garantir-se a observância dos princípios constitucionais em conjunto com os direitos humanos dos cidadãos brasileiros, passam pelo controle do sistema de nulidades, afinal, este tem papel primordial na condução do processo, pois passa por ele o ditar do ritmo processual, as postulações de prova e seus consequentes efeitos, culminando na decisão final que consagra um processo adequado, célere, satisfatório e com uma justa resposta as partes.

10. Referências

ALEXY, R. *La Institucionalización de la Justicia*. 2. ed. ampliada. Granada: Editorial Comares, S.L., 2010.

ARAÚJO, F. C. de. *Curso de Processo Civil: parte geral*. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL, *Lei 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1998.

- CABRAL, A. P. *Teoria das Nulidades Processuais no Direito Contemporâneo*. In: Revista de Processo, vol. 255/2016, p. 117 - 140, Maio/2016, DTR\2016\4687.
- CÂMARA, A. F. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARNELUTTI, F. *Sistema de direito processual civil*. Trad. OLIVEIRA H.M. – 1. ed. – São Paulo: Classi Book, 200.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. – Campinas: Bookseller, 2002.
- DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DONIZETTI, E. *Curso didático de direito processual civil*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.
- JUNOY, J. P. I. *El Principio De La Buena Fe Procesal Y Su Fundamento Constitucional*. In: Revista de Processo, vol. 196/2011, p. 131 - 162, Jun/2011, DTR\2011\1615.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, J. M. G. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 29. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.
- NERY JUNIOR, N. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEYRANO, J. W. Nulidades Procesales con Especial Referencia a Los Distintos Vicios que Pueden Generarlas. In: Revista de Processo, vol. 82/1996, p. 161 - 172, Abr - Jun / 1996.
- POSADA, G. F. P. *La Constitucionalización Del Derecho Procesal*. In: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, vol. 3/2016, Jan - Jun/2016, DTR\2016\20400.
- WAMBIER, L.R. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo*, volume 1. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- WAMBIER, T. A. A. *Nulidades do processo e da sentença*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DE MERCADO NO BRASIL

RIGHT OF COMPETITION AND MARKET REGULATION IN BRAZIL

Rossana Marina De Seta Fisciletti

Universidade Estácio de Sá¹

Erika Tavares Amaral Rabelo De Matos

Faculdade Gama e Souza²

Sumário: Introdução; 1. Direito da Concorrência no Brasil; 2. Conceito de Concorrência; 3. Concorrência perfeita e imperfeita; 4. Cartéis, Oligopólios e Monopólios; 5. A concorrência como princípio da Ordem Econômica; Conclusões; Referências

Introdução

A competição é observada nas mais diversas áreas: intelectual, como quando um estudioso busca uma vaga para ingresso no mestrado; esportiva, como um nadador que disputa a medalha de ouro nas olimpíadas; e até mesmo sentimental, quando dois homens desejam o amor de uma mesma mulher. Nestes embates, o escolhido como melhor sairá vitorioso. Na concorrência são as empresas que competem entre si que buscam uma posição mais privilegiada no mercado. O controle dos atos concorrenciais, através dos órgãos responsáveis, bem como a preferência do consumidor, são formas de manter as empresas concorrentes num ambiente saudável de competição. Este trabalho aponta como a variedade de competidores é benéfica para o mercado de consumo³.

Assim, o Direito da Concorrência é ramo de grande importância, pois regula práticas no mercado e protege o direito de escolha (artigo 6º, II, da Lei 8078/90) dos consumidores no mercado.

O controle dos atos concorrenciais, através dos órgãos responsáveis, bem como a preferência do consumidor, são formas de manter as empresas concorrentes num ambiente saudável de competição. Este trabalho aponta como a variedade de competidores é benéfica para o mercado de consumo.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), bolsista PROSUP/CAPES, Professora na Universidade Estácio de Sá

² Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, bolsista PROSUP/CAPES, Professora da Faculdade Gama e Souza

³ Já pensou como seria se houvesse, por exemplo, apenas um fabricante de biscoitos e uma indústria de automóveis no mercado de consumo? Seria a solução apenas para o sofrimento dos indecisos, por outro lado, o mercado estaria estagnado e as chances de manobras das empresas dos seguimentos exemplificados seriam muitas, como a de oferecerem seus produtos com o preço demasiadamente elevado e qualidade duvidosa.

O escopo da presente pesquisa é analisar como o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre a Concorrência, através de um breve estudo da evolução da Concorrência no Brasil, abordando suas origens, bem como seus conceitos, tentando conciliar, sempre que possível, o ponto de vista do Direito e da Economia.

Para atingir o objetivo proposto, faz-se a análise das noções fundamentais de Direito da Concorrência, sua evolução, conceito e espécies, bem como sua importância como princípio da Ordem Econômica.

O direito da concorrência define regras limitadoras da liberdade contratual no mercado, disciplinando as relações entre os agentes econômicos.

1. Direito da Concorrência no Brasil

A concorrência é um dos institutos mais antigos que se tem conhecimento⁴: desde a Antiguidade havia vedação a práticas monopolistas⁵:

A regulamentação da concorrência no Brasil inicia-se na Constituição de 1946, como informa Aurélio Wander Bastos: “A tradição brasileira, no tratamento desta questão, definiu-se, por conseguinte, a partir da publicação da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, promulgada na forma do art. 148 da Constituição Brasileira, de 18 de setembro de 1946”⁶.

A Constituição de 1946 disciplinava sobre a Ordem Econômica e Social, em sede de Direito da Concorrência, destacam-se três artigos: o artigo 145, que dispôs que a organização da ordem econômica deveria atender aos princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano; o artigo 148, que previu a repressão de toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, que tivesse como finalidade dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e

⁴ Paula Andréa Forgioni anota que: “Regras reguladoras da conduta dos agentes econômicos sempre houve. São várias as notícias que se tem sobre, por exemplo, a vedação dos monopólios na Antiguidade, o acaparramento de mercadorias, etc. Quando nos referimos a esse tipo de regulamentação, devemos ter em mente a concorrência como fenômeno que se verifica quando, no mínimo, duas pessoas estão dispostas a trocar, comprar ou vender a um terceiro um mesmo bem, ou bens intercambiáveis. Se, por um lado, essa visão seja, talvez, por demais empírica, de outro, parte da inegável constatação de que a *concorrência* existe, desde que haja comércio, desde que haja mercado” (*Os Fundamentos Antitruste*. São Paulo: RT, 1998. p. 26), grifos do autor.

⁵ Isabel Vaz, assinala que: “Através das diferentes técnicas comerciais, desde o escambo, passando pela formação de caravanas primitivas, pelas feiras da Idade Média, até a sofisticação das Bolsas de Valores, identifica-se a figura do comerciante, a disputar a preferência da clientela. A concentração da atividade no comércio funcionou como uma força de atração, promovendo a delimitação de um campo bem definido para o fenômeno concorrencial”. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 53.

⁶ BASTOS, Aurélio Wander. *Cartéis e Concorrência: Estudo da Evolução Conceitual da Legislação Brasileira sobre Abuso do Poder Econômico*. In: _____ (Org.) *Estudos Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 18.

aumentar arbitrariamente os lucros; e o artigo 154, que previu punição para a usura, em todas as suas modalidades, na forma da lei.

As constituições subsequentes fizeram menção à concorrência. A ideia de abuso do poder econômico, surgida na Constituição de 1946, persistiu nas de 1967, 1969 e 1988, agregada recentemente à ideia de livre concorrência uma ideia muito mais ampla, na qual o Estado sai da esfera meramente repressiva para a preventiva⁷.

A partir da Constituição de 1988, foram editadas a Lei nº 8.137/90, que dispõe sobre crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei nº 8.158/91⁸, que regulamenta a defesa da concorrência e revoga parcialmente a antiga Lei Antitruste⁹ (4.137/62); a Lei Antitruste (L.A.), n. 8.884 de 11 de junho de 1994, oriunda do Projeto de Lei nº 3.712-E, de 1993, revogadora do artigo 92, as leis nº 4.137/62, 8.158/91 e 8.002/90¹⁰, e, atualmente, a Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.

A Lei nº 8.884/94 foi editada com a finalidade de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Consagrando, ainda a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos^{11 12}.

A defesa da Concorrência no Brasil é feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional, criada pela Lei nº 4.137/62. Em junho de 1994, com o advento da Lei

⁷ OLIVEIRA, Amanda Flavio de. *A Evolução da Defesa da Concorrência e do Consumidor no Brasil*. In: Fórum Permanente de Debates sobre Direito do Consumidor, realizado em 22 de outubro de 2007, no auditório da Emerj: Rio de Janeiro.

⁸ Heloisa Carpena, em *O Consumidor no Direito da Concorrência* (Renovar, 2005, p. 111), esclarece: “Curiosamente, a Lei nº 8.158/91 surgiu no ordenamento jurídico antes da Lei nº 8.137/90, eis que originada das Medidas Provisórias nº 204, 218 e 276. Por esta razão, seu art. 23 ressalva a vigência de normas da Lei nº 4.137, mas não refere à Lei nº 8.137, igualmente mantida”.

⁹ Regulamentação tardia do art. 148 da Constituição Federal de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

¹⁰ Dispunha sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor.

¹¹ Cf. artigo 1º, da Lei nº 8.884/94.

¹² Ao comparar as antigas leis com a Lei 8.884/94, o professor Aurélio Wander Bastos, salienta que: A Lei nº 4.137/62 viabilizou, por um lado, espaços concorrenciais reservados (reserva de mercado) que resguardou, no país, as empresas nacionais (e estrangeiras) que já atuavam no mercado, e, por outro, o desenvolvimento de estruturas estatais empresariais monopolistas, essencialmente voltadas para atividades de infra-estrutura econômica. A Lei nº 8.158/91, na verdade, destaca-se por isolar o tratamento das fusões no contexto das práticas abusivas e por identificar o abuso do poder econômico ao conceito de infrações de natureza econômica, semelhantemente à vigente Lei nº 8.884/94, que também se distingue por alterar a Lei nº 8.158/91 e a Lei nº 4.137/62, no que se refere às competências para apreciar fusões e incorporações de empresas. A primeira Lei (1962), na verdade, era uma Lei antitruste destinada a restringir ações cartelizantes dos trustes. As outras duas procuram diferenciar a natureza anticartel da natureza antitruste, incentivando a apreciação das incorporações empresariais privadas de natureza oligopolista e monopolista pelo Cade/SNDE, muito embora a Lei de 1991 tivesse uma natureza jurídica e administrativamente mais aberta ou permissiva que a Lei de 1994. BASTOS, op. cit. p. 17.

nº 8.884/94, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. A Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo o CADE como órgão integrante, com o poder de julgar e punir administrativamente pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica. É o CADE quem decide se houve ou não danos à livre concorrência por parte de empresas e analisa os atos de concentração submetidos à sua aprovação. É essencial o desenvolvimento de uma política de defesa da livre concorrência, atendendo aos ditames constitucionais e às exigências de um mercado competitivo, como as de apresentar regras claras e estáveis a serem seguidas pelas empresas.

O referido órgão tem o poder de impor restrições à operação como condição para a sua aprovação, como determinar a alienação total ou parcial dos ativos, alteração nos contratos ou obrigações de fazer ou de não fazer. A repressiva corresponde à análise das condutas anticoncorrenciais e, nesses casos, o CADE tem o papel de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, prática de preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras. Por fim, o papel pedagógico do CADE é difundir a cultura da concorrência, sendo essencial a parceria com instituições, tais como universidades, institutos de pesquisa, associações, órgãos do governo. Por essa razão, observa-se o crescente interesse acadêmico pela área, a divulgação das regras antitruste junto à sociedade e o rigor pela qualidade técnica de suas decisões.

Bastos (1997, p. 17) esclarece que a *Sherman Act* americana e as legislações antitruste do Brasil têm como objetivo interesses diversos: a lei norte-americana busca inviabilizar práticas infrativas de mercado – ou que prejudicassem a livre concorrência –, enquanto que a lei brasileira objetiva inibir atos abusivos do poder econômico, entre eles as fusões e incorporações¹³ e que a legislação americana do norte voltou-se mais para dificultar a consolidação legal dos conglomerados empresariais, como causa dos abusos de poder econômico, do que para definir os abusos “em si”, em princípio atos passíveis de prática, também, pelas empresas de pequeno porte, muito embora alcançá-las não fosse (e não seja) o objetivo da legislação antitruste. A legislação brasileira, principalmente, estava preocupada em inviabilizar a ocupação do mercado nacional pelo poder econômico, ou seja, pelos grandes conglomerados empresariais (internacionais), tanto é fato que não se prestou a avaliar os conglomerados estatais nacionais e garantir espaços de mercado para as empresas nacionais isoladamente ou em composição com empresas estrangeiras sediadas no país desde os anos de 1950/60.

A competição entre os agentes econômicos deve existir, coadunada com a realidade contemporânea, mediante a intervenção do Estado, sendo definidas as regras para a concorrência, visto que a era do liberalismo total foi aniquilada.

Regras transparentes e harmonizadas sobre concorrência são imprescindíveis para estimular o mercado. Parte-se do ponto de vista do investidor global e das empresas

¹³ BASTOS, op. cit. p. 17.

globais, como adverte o relatório anual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹⁴: “Enganam-se aqueles que supõem que regras mais lenientes em matéria antitruste serviriam como fator de atração para o capital globalizado. Os agentes sabem que aquilo que hoje constitui uma facilidade amanhã poderá se tornar expediente de práticas anticompetitivas por empresas rivais”. Segundo o relatório, a ausência de regras claras e conhecidas de defesa da concorrência “não constitui fator de atração, mas, pelo contrário, representa fator inibidor ao investimento estrangeiro. Países sem sistemas modernos e eficientes de defesa da concorrência tenderão a se marginalizar, tornando-se mercados de segunda categoria, desconectados da economia global”.

No Brasil, o Direito da Concorrência encontra respaldo na Lei nº 8.884/94, legislação vigente, que visa impedir o desenvolvimento de práticas concorrenciais consideradas desleais, garantindo a livre concorrência, através de regras que intervenham na atuação do mercado, prevenindo abusos e assegurando o controle das relações econômicas e, mais do que isso, voltada para a preservação do modo de produção capitalista¹⁵.

2. Conceito de Concorrência

Em voto vogal proferido no processo administrativo nº 08012.008024/1998-49, o conselheiro do Cade, Luiz Carlos Delorme Prado, alertou que o conceito jurídico de concorrência não se confunde com o conceito econômico, pois “a maneira sintética em que o texto legal dispõe sobre a manutenção da concorrência trata esse conceito complexo de forma simplificada. O conceito jurídico de direito da concorrência é finalista. Este pode ser definido como o conjunto de regras de direito cuja finalidade é contribuir para a concorrência¹⁶”.

¹⁴ CADE. Relatório anual. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf. Acessado em: 06 ago. 2017.

¹⁵ Cf. a lição do professor Eros Grau sobre a Lei nº 8.884/94: “Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no §4º do art. 173 da Constituição de 1988 – trata-se de lei voltada à *preservação do modo de produção capitalista*. [...] A legislação antitruste [...], faz exemplo bem marcado de *medida de constituição e preservação* do modo de produção capitalista, ainda que seja, também, instrumento de política pública”. GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 211.

¹⁶ Delorme Prado segue analisando: “Portanto, o direito da concorrência para preservar o bem maior, a competição entre agentes econômicos que contribuiria para o bem-estar econômico, aceitaria o mal menor: a intervenção do estado restringindo e regulando a liberdade de ação dos agentes econômicos. Os textos jurídicos tratam do problema da concorrência de forma simplificada. Os modelos subjacentes nas normas jurídicas são consistentes com as abordagens neoclássicas de concorrência perfeita e monopólio, caso em que a concentração econômica leva ao poder de mercado e a possibilidade de geração de quase-renda. Na moderna literatura econômica, no entanto, há muitos tipos de concorrência e a competição dá-se normalmente em condições de concorrência imperfeita. O debate econômico, desde os trabalhos clássicos de Schumpeter (*Teoria do Desenvolvimento Econômico*, 1911), Joan Robinson (*The Economics of Imperfect Competition*, 1933) e Edward Chamberlain (*The Theory of Monopolist Competition*, 1933), ressalta a importância de diversas formas de competição distintas do modelo de concorrência perfeita. Em especial, são particularmente relevantes para o direito da concorrência os modelos de concorrência oligopolista, onde os preços de mercado são alterados pelos produtores, e, no caso em discussão, os modelos de concorrência por inovação, onde a competição baseia-se na capacidade de inovação da empresa”. Representante: SDE

Apesar do entendimento acima sobre o conceito de concorrência atribuído pela Economia ser diferente do que é dado pelo Direito, a essência da concorrência é a mesma: o enfoque dado pela ciência econômica (preocupada com o mercado) é que é diferente da perspectiva da ciência jurídica (mais preocupada com a legalidade das condutas concorrenciais). Nem mesmo a legislação buscou fazer tal distinção conceitual.

Ao comparar os elementos da concorrência extraídos do conceito elaborado por Fagundes (1998), com os elementos formadores do conceito trazido pelo jurista José Inácio Franceschini, integrante da comissão nomeada pelo Cade, para elaborar a Lei Antitruste, nota-se que a diferença é meramente em relação ao ponto de vista. Conforme Fagundes:

Na visão neoclássica, a concorrência é um estado estrutural que garante a ausência de cooperação entre as firmas. De fato, no enfoque neoclássico do equilíbrio geral, a concorrência é um conjunto de condições – atomismo de mercado, racionalidade otimizadora dos agentes, informação completa – necessários para o equilíbrio competitivo, ou um processo de ajustamento a posições de equilíbrio, com eliminação de lucros anormais. Concorrência, nesse sentido, é sinônimo de ausência de rivalidade, posto que as empresas são *price-takers*, não esperando que suas ações influenciem as decisões das demais.¹⁷

E, para Franceschini:

O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Penal-Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.

¹⁸

A Economia se preocupa com a Concorrência de uma forma prática, observando a atuação dos competidores no mercado. O Direito visa a disciplinar essa atuação, estabelecendo regras preventiva e repressiva. Ao mesclar esses dois enfoques, o Direito da Concorrência pode ser interpretado como o ramo do Direito¹⁹ que tem como função precípua criar mecanismos para que os preceitos constitucionais da livre concorrência e iniciativa sejam obedecidos e, ainda, coibir abusos do poder econômico através de regras garantidoras da variedade de competidores no mercado, ao propor um equilíbrio entre estes e proporcionar à coletividade o direito de escolha.

“Ex Ofício”. Representadas: Microsoft Informática Ltda. e TBA Informática Ltda. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Voto disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 07.09.2007.

¹⁷ FAGUNDES, Jorge. Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial: Convergência ou Divergência? *Revista do IBRAC*, v. 5, n. 6, 1998.

¹⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 8.

¹⁹ O Direito da Concorrência é ramo autônomo do Direito Público, pois possui regras próprias e sistema de controle próprio, estando subordinado apenas ao Direito Constitucional, ao qual todos os demais ramos do Direito também estão.

3. Concorrência perfeita e imperfeita

Para que haja um regime de concorrência perfeita, três condições terão de ser reunidas: a primeira é a de que vendedores e compradores ajustem livremente o preço; a segunda é a de que não haja prévia combinação entre vendedores – a fim de não venderem abaixo de um preço mínimo – e entre compradores, com intenção de não comprarem acima de um preço máximo; e a terceira refere-se à publicidade durante toda a duração no mercado, através da qual compradores e vendedores mantenham-se informados a respeito das quantidades de bens existentes no mercado, da oferta, da procura e dos preços dos concorrentes para que possam escolher a melhor compra e a melhor venda²⁰.

A concorrência perfeita, para João Bosco Leopoldino da Fonseca, pressupõe uma absoluta igualdade de todos os integrantes do mercado e tem como pressupostos a *atomicidade* – concorrentes equivalentes a um átomo, e a atuação individual de um deles na fixação do preço de seus produtos não afeta substancialmente a formação do preço dos bens – e a *fluidez* – todos os concorrentes possuem total conhecimento das intenções e da forma de atuação dos demais, entrando e saindo livremente do mercado e determinando a quantidade e qualidade da oferta e da procura –. A fluidez possui três requisitos: o da *lealdade*, o da *informação* e o da *homogeneidade do produto*, no qual a formação dos preços é isenta de influência desigualadora²¹.

Dentro do modelo de concorrência perfeita, salientam Pinheiro e Saddi, se alguma empresa cobrar um preço superior ao do mercado, não venderá; por outro lado, se fixar um preço inferior ao das outras empresas, tenderá a fisgar todo o mercado, e as demais terão de baixar o preço ou ficar sem vender. “Nesse caso, todas as empresas têm de cobrar o mesmo preço. O preço de mercado é tomado pelos consumidores e pelas empresas como um dado”.²² Para os autores, a estrutura característica de um mercado em concorrência perfeita é que haja certa uniformidade do tamanho dos grupos de consumidores e empresas, de modo que em nenhum deles um agente tenha uma influência desproporcional sobre o que acontece no mercado²³.

A concorrência imperfeita decorre da verificação de que os elementos propostos pelo modelo não se verificam na realidade e tem como pressupostos a *molecularidade* (agrupamento dos agentes econômicos, formando-se grupos de força), a

²⁰ BARROS, Alamiro Bica Buys de. Instituições de Economia Política. v. 1 – introdução e noções fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966. p.222.

²¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 4.

²² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 55.

²³ Os autores exemplificam a concorrência perfeita com o mercado paulistano de pizza de mussarela no domingo à noite: “Como a pizza pode ser produzida por ‘empresas’ bastante pequenas e seu transporte por motoboys é rápido e barato, é acirrada a competição entre produtores para servir ao universo de famílias paulistanas”. Ibidem, p. 56.

heterogeneidade dos produtos (produtos são substancialmente diferentes) e a *viscosidade* (falta de transparência, ausência de informação leal)²⁴.

A concorrência imperfeita é a “zona intermediária entre a da concorrência perfeita e a do monopólio”²⁵. A concorrência imperfeita, como salienta Buys, é consequência da imperfeição do mercado, onde os produtores concorrem em qualidade, em facilidade e em propaganda, elementos esses que, por si sós, dão margem à inexistência de uma concorrência perfeita; acrescida pelo fato que a perfeição na concorrência deixa de existir, com maior razão, quando o Estado procura intervir no setor econômico²⁶. Ou seja, no modelo de concorrência perfeita seria necessário o entrosamento direto entre vendedores e compradores, sem a intervenção estatal.

Para Cooter e Ulen, um mercado imperfeitamente competitivo, tem a maioria das características de um mercado perfeitamente competitivo – como a presença e a livre entrada e saída de muitas empresas –, porém tem uma importante característica do monopólio: as empresas produzem bens heterogêneos em lugar de bens homogêneos, diferenciando seus produtos por nomes comerciais, cores, tamanhos, qualidade, durabilidade e etc.²⁷

O ideal de concorrência perfeita²⁸ foi cedendo espaço à concorrência praticável (*workable competition*). Leopoldo Pagotto traz a informação de que no ano de 1940, um artigo de John Maurice Clark, discorria sobre as características da concorrência praticável, com a surpreendente revelação de que a concorrência imperfeita pode ser mais benéfica que a perfeita. *Verbis*:

Nos mercados perfeitamente competitivos, a padronização dos bens e serviços tenderia a acirrar exageradamente a concorrência com efeitos ruinosos. Já noutros mercados não perfeitamente competitivos, haveria um movimento a favor da diferenciação dos produtos, bem como o desaparecimento da estrutura empresarial atomizada, mas a presença de outros fatores conduziria ao acirramento da concorrência. Assim, se por um lado a diferenciação acentuada dos bens ou serviços aproxima as empresas de um comportamento

²⁴ FONSECA, op. cit. p. 5.

²⁵ Definição dada por Alamiro Bica Buys de Barros, op. cit. v. 1. p. 226.

²⁶ Loc. cit.

²⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Teoría Económica Del Contrato*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 52.

²⁸ BARROS, Alamiro Bica Buys de Barros, informa que a concorrência perfeita é um ideal difícil de ser conquistado: “Na concorrência perfeita reside o ideal para os partidários do livre jogo de compra e venda de bens. Esse ideal, entretanto, será impossível de ser conseguido, atendendo-se sobretudo a que o homem, na sua natural ambição, é desviado constantemente dos princípios assentados para a perfeição na concorrência no mercado de bens. É por isso que se justifica a intromissão do Estado na regulação do movimento de preços, com o objetivo de corrigir os desmandos das ambições individuais; desses desmandos nascem situações que, muitas vezes, complicam a economia dos povos tais as oriundas dos regimes de monopólio. Além disso, o estado de equilíbrio procurado pelo empresário é inatingível em tal regime, principalmente porque terá de lidar com a dinâmica econômica na teoria dos ciclos, onde os dados futuros são mais ou menos incertos. Os custos de produção futuros poderão alterar sensivelmente os preços do Mercado” (op. cit, v. 1. p.224).

monopolístico, por outro a diferenciação discreta tende a gerar a concorrência praticável, particularmente se os compradores tiverem a percepção de que os bens e serviços são dotados de preço e qualidade próximos.

A concorrência imperfeita, possível, praticável ou viável tende a ser um modelo vantajoso no mercado de consumo, uma vez que não impõe padronização de produtos e serviços, estimulando a competição entre as empresas e a entrada de novas empresas²⁹ neste ‘círculo de competição’. O consumidor é beneficiado pela variedade e consequente oportunidade de escolha. A estrutura da concorrência viável é resguardada pela Lei Antitruste.

Os mercados mundiais tendem a buscar a concorrência imperfeita ou possível (*workable competition*)³⁰, que embora admita concentrações, protege a livre-iniciativa. Este é o modelo concorrencial adotado no Brasil, mas, mesmo com a intromissão do Estado na relação entre os agentes econômicos, não é raro a coletividade se deparar com o quadro de dominação do mercado por infrações contra a ordem econômica: monopólios, oligopólios, atos de concentração, etc. Este é o quadro do abuso do poder econômico que a Lei nº 8.884/94 visa prevenir e reprimir.

4. Cartéis, Oligopólios e Monopólios

Para acentuar a extrema importância da concorrência no cenário nacional e internacional, vale pincelar definições de algumas práticas que, lamentavelmente, persistem no mercado.

Além da concorrência imperfeita, os economistas inserem na estrutura intermediária, entre os extremos da concorrência perfeita e do monopólio, o oligopólio.

Um mercado oligopólico é aquele que contém poucas empresas que reconhecem que suas decisões individuais de maximização de benefícios sejam interdependentes.³¹ O oligopólio é evidenciado pela participação de um pequeno número de vendedores de produtos ou serviços³². Havendo colusão entre os concorrentes oligopolistas, tem-se a

²⁹ Constantemente novas empresas se lançam no mercado trazendo inovações. A criatividade e originalidade de produtos e serviços é uma característica da *workable competition*.

³⁰ Na lição de Vicente Bagnoli: “A concorrência passa a ser encarada como a solução para os danos causados pelos monopólios, e em condição para regular os mercados e propiciar o bem-estar do consumidor, independentemente da intervenção estatal”. BAGNOLI, Vicente. *Direito da Concorrência: visão geral*. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, ano 3, nº 2, 2002, p. 224.

³¹ Definição de Robert Cooter e Thomas Ulen. Sobre a interdependência, os autores continuam a lição: Isso significa que o que seja ótimo para a empresa *A* dependerá não só de seus custos marginais e da demanda de seu produto, senão também do que as empresas *B*, *C* e *D* hajam decidido produzir e dos preços que estas cobrem (tradução livre). Loc. cit.

³² A visão crítica de José Afonso da Silva chama atenção: “O que cumpre reconhecer, na verdade, é que não existe mais economia de mercado nem livre concorrência, desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. Falar hoje economia descentralizada, como economia de mercado, é tentar encobrir uma realidade palpável de natureza diversa. A economia está centralizada nas grandes empresas e em seus agrupamentos. Daí por que se torna praticamente ineficaz a legislação tutelar da concorrência. É que a concentração capitalista não é um fenômeno patológico, mas uma realidade

formação de um cartel, o qual, se lograr reunir todos os ofertantes, procederá tal como um monopólio, ou seja, como se um só produtor oferecesse o produto, através de suas filiais³³.

Deste modo, o cartel³⁴ é formado a partir de acordo entre concorrentes, visando maximização arbitrária e conjunta de lucros, consequentemente prejudicando os consumidores³⁵.

Oligopólios e cartéis não são expressões sinônimas, como advertem Gesner Oliveira e João Grandino³⁶:

[...] o oligopólio constitui regime específico de mercado, caracterizado pela presença de poucas empresas. É uma situação intermediária entre o monopólio, no qual há apenas uma empresa, e o mercado competitivo, com um número muito grande de participantes. Não é crime ser oligopolista. A exemplo daquilo que ocorre em vários outros países, os oligopólios respondem pela maior parcela da produção brasileira.

A jurisprudência antitruste contém exemplos de cartéis organizados por dezenas de empresas! Mesmo profissionais liberais podem, com ou sem a coordenação de suas respectivas associações de classe, cometer prática de

fundamental do novo Estado industrial”. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. p. 772.

³³ BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: RT, 1997. p. 44.

³⁴ São várias as apurações de formação de cartéis pelo Cade. **Em andamento: cartel das empresas do ramo de frigoríficos** Minerva, Mataboi, Estrela D'Oeste, Marfrig, Boifran, Friboi, Bertin, Frigol, Franco Fabril, Tatuí e Bom Charque. Processo nº 08012.002493/2005-16 (apuração de infração a Ordem Econômica ínsitas nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8884/94). Consulta processual no sítio do Cade. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 05 nov. 2007. **Em andamento: formação de Cartel entre as empresas do setor de gases industriais e medicinais**. Após três anos de investigações, a SDE recomendou, no dia 25 de janeiro de 2007, a condenação das empresas White Martins, AGA (atual Linde Gás), Air Liquid, Air Products e da Indústria Brasileira de Gases (IBG) por formação de cartel na venda de gases industriais e hospitalares, como o oxigênio e o gás carbônico. Segundo a SDE, elas teriam se associado para dominar o mercado, fixando preços comuns e fraudando licitações. O caso está em andamento no Cade. Processo nº 08012.009888/2003-70. Notícia Agência Brasil. Disponível em <<http://www.agenciabrasil.gov.br>>. Acesso em 05 nov. 2007. Consulta processual no sítio do Cade. Ibidem. **Condenação por formação de cartel na comercialização de vitaminas**, decisão: O Plenário, por unanimidade, conheceu do presente Recurso de Ofício em Processo Administrativo e, por maioria, negou-lhe provimento e manteve o arquivamento somente com relação às Representadas: Produtos Roche Químicos e Farmacêuticos S.A., Basf S.A., Aventis Animal Nutrition do Brasil Ltda., Jorge Sisniega Otero Cordero, Alberto Ângelo Nilson Rementeria, Alfredo Granai, Horst Tutepastell, Philippe Bouquillon, Michael Lapps, Roel Janssen, Olivier Remi Reboul, Élder Caretoni, Louis Cottin e Bruno Muller, bem como, considerou as demais Representadas como incurso no art. 20, incisos de I a IV, combinado com o art. 21, incisos I, II, X e XXIV, todos da Lei nº 8.884/94, condenando-as ao pagamento de multa que, no caso da Representada F. Hoffmann – La Roche Ltd., no valor de R\$ 12.112.558,32; no caso da Representada Basf Aktiengesellschaft, no valor de R\$ 4.726.362,37, e no caso da Representada Aventis Animal Nutrition (atual denominação de Rhône-Poulenc Animal Nutrition), no valor de R\$ 847.125,19, nos termos do voto do Relator. Vencido Conselheiro Schuartz que, em voto-vista, votou pelo não provimento do Recurso de Ofício, mantendo o arquivamento do processo. Processo nº 08012.004599/1999-18. Sessão 395, julgamento 11.04.2007. Acórdão publicado no DOU de 09.05.07. Consulta processual no sítio do Cade. Ibidem.

³⁵ O cartel pode ocorrer sob diversas formas. Pode incluir acordo de preços acerca de formas de participação em licitações públicas ou privadas, divisão de clientes e territórios e restrição da produção, entre outros. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 42.

³⁶ Loc. Cit.

cartel. [...] Porém, é correto afirmar que o pequeno número de empresas constitui um dos fatores que tornam mais provável a ocorrência de cartel. Assim, mercados competitivos, caracterizados pela presença de várias empresas, apresentam menor número de casos de cartel.

O oligopólio é difundido no Brasil, nos mais diversos setores. São representados por grandes empresas no mercado, como a 'Shell' e 'Ipiranga' no setor de derivados do petróleo; como a 'Procter e Gamble' e a 'Johnson e Johnson', no setor de produtos de limpeza e higiene; como a 'Nestlé' e a 'Unilever', em gêneros alimentícios; e como a 'BRF Brasil Foods'³⁷, no setor de carnes e alimentos prontos.

O monopólio é o extremo oposto da concorrência perfeita, onde uma só empresa abastece todo o mercado. Pinheiro e Saddi revelam que esta é uma situação que pode ocorrer por diferentes motivos, como o de haver restrições legais à entrada de outras empresas; da empresa monopolista deter a patente do produto; ou quando só se consiga obter um custo baixo de produção quando o mercado é suprido apenas por um produtor, o que se denomina de monopólio natural³⁸.

O monopólio se constitui numa estrutura mais simples, pois a empresa monopolista não tem concorrentes e, por isso mesmo, decide o preço daquilo que deseja vender. A empresa monopolista não lidera o mercado, pois não ocorre a divisão do mesmo.

5. A concorrência como princípio da Ordem Econômica

A livre concorrência é contemplada no artigo 170, IV, da Constituição de 1988 e elevada à condição de princípio.

Segundo Eros Grau, a afirmação principiológica da livre concorrência no texto constitucional é desnecessária, pois estaria perfeitamente abrigada pelo princípio da

³⁷ BRF Brasil Foods é uma das maiores companhias de alimentos do mundo, com mais de 30 marcas em seu portfólio, entre elas, Sadia, Perdigão, Qualy, Paty, Dánica, Bocatti e Confidence. Em julho de 2006 a Sadia fez uma tentativa inusitada no capitalismo brasileiro ao ofertar R\$ 3,7 bilhões, 35% acima do valor de mercado da Perdigão na Bolsa de Valores. "No entanto, foi prontamente rechaçada pelos dirigentes e principais acionistas. Dois aspectos do negócio chamaram a atenção de investidores, órgãos reguladores e consumidores. Primeiro, causou furor a forma como a Sadia deu o bote: uma oferta hostil de compra por meio do mercado acionário. Comum nos Estados Unidos e na Europa, foi a primeira tentativa do gênero no País. O segundo aspecto relevante é a possibilidade de aumentar a concentração no mercado de alimentos. Juntas, Sadia e Perdigão dominariam vários segmentos, como os embutidos de carnes e congelados, e poderiam virar um perigoso monopólio. Em alguns casos, como os pratos prontos, a participação combinada das vendas passaria de 90%. Todo mundo sabe que, quando falta competição entre as empresas, as líderes aumentam suas margens e o preço no supermercado sobe". GAMEZ, Milton. *Sadia tenta o bote*. Isto é. 26 jul. 2006. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoe/1918/economia/1918_sadia_tenta_bote.htm>. Acesso em 10 nov. 2007.

³⁸ Op. cit., p. 58.

livre iniciativa³⁹. O jurista faz uma crítica interessante sobre a inserção do princípio no artigo 170 da Constituição⁴⁰:

De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. O §4º do art. 173 refere “abuso do poder econômico”. Vale dizer: a Constituição de 1988 o reconhece. Não que não devesse fazê-lo, mesmo porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade. Apenas, no entanto, tendo-o reconhecido, soa estranha a consagração principiológica da livre concorrência. Para que tal não ocorresse, em presença da consagração do princípio, haveria o mencionado §4º de dispor “A lei reprimirá os abusos decorrentes do exercício da atividade econômica...”. O que, não obstante – repito – seria inteiramente em vão: nem por isso o poder econômico deixaria de se manifestar no mundo real – mundo do ser – a braçadas.

De outra banda, é ainda mais instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – “livre jogo das forças do mercado, da disputa de clientela” –, supõe desigualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada, bastando, para que se o confirme, considerar as disposições contidas no art. 170, IX, no art. 179 e nos §§ 1º e 2º do art. 171.

De acordo com a Constituição do Brasil, a concorrência não é um fim em si mesma, mas um instrumento que deve ser utilizado tendo-se em vista a realização dos objetivos do Brasil e da ordem econômica, expressos nos artigos 3º e 170 da Carta Magna, sendo o antitruste um instrumento de implementação de políticas públicas⁴¹.

A ordem econômica e a ordem jurídica sofrem uma constante interação: uma é, às vezes, consequência da outra e vice-versa. Na lição de Alice Rocha da Silva:

O regime de concorrência estaria diretamente subordinado ao Direito Econômico, o qual incide sobre as medidas de política econômica, adaptando-as aos objetivos defendidos pela Ordem Econômica e aos princípios ideológicos de uma democracia econômica e social. Podemos perceber que o regime

³⁹ “A ordem econômica (mundo do ser) deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – a Constituição consagra, aí, note-se, valorização do trabalho humano e livre iniciativa, simplesmente. A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (isto é, da empresa, expressão do dinamismo dos bens de produção); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar tão-somente, apenas, uma afirmação do capitalismo. Assim, livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho”. GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 212-213. No mesmo sentido, entendendo ser a livre concorrência uma manifestação da livre iniciativa, se posiciona José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros. p. 771.

⁴⁰ Ibidem, pp. 208-210.

⁴¹ GRAU, Eros. Prefácio do livro de Paula A. Forgioni. *Os fundamentos antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 8.

jurídico da concorrência estaria ligado ao princípio da livre concorrência, tendo em vista que este é um princípio de suma importância para a harmonia da Ordem Econômica Mundial.⁴²

Alamiro Bica Buys de Barros alerta que “da livre concorrência nasceram as grandes concentrações econômicas, com a vitória dos fortes sobre os fracos, fazendo com que a abundância de riquezas ficasse nas mãos de uns poucos ante o pauperismo avassalador da maioria das populações. Se houve um dique de oposição aos desmandos da classe capitalista, ele não foi muito eficaz e, como exemplo disso, nada melhor do que a total e ilimitada livre concorrência, que dá, aparentemente, a impressão de colocar o homem dentro do sonoro princípio da liberdade de ação, porém coibir a prática desses desmandos é tarefa inglória e inócua, como tem demonstrado a história através dos tempos”⁴³.

Conclusões

A concorrência ou o direito de concorrência podem apresentar conceitos distintos quando se trata de direito e economia. Para os economistas a concorrência é entendida como necessária ao equilíbrio competitivo, servindo para fazer o ajustamento ou equilíbrio, eliminando os lucros anormais. Ou seja, a concorrência é sinônimo de ausência de rivalidade. A concorrência também pode ser entendida como forma de equilíbrio do mercado.

Já na visão dos juristas o direito de concorrência visa disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, bem como o pleno exercício do direito à livre concorrência.

Assim, a Economia se preocupa com a Concorrência de uma forma prática e o direito de forma teórica estabelecendo regras preventivas e repressivas as condutas ilícitas.

A Concorrência pode ser perfeita ou imperfeita. A concorrência perfeita é aquela onde há entrosamento direto entre vendedores e compradores, sem a intervenção estatal.

Já a concorrência imperfeita é aquela que se encontra na zona intermediária entre a concorrência perfeita e o monopólio. Sendo aquela que deriva da imperfeição do mercado, onde as empresas concorrem em qualidade, em facilidade e em propaganda, dessa forma, já acabando com o sistema de concorrência perfeita.

Dessa forma, o Brasil regulamenta a questão da concorrência e tem como principal órgão de regulação e fiscalização o Conselho Administrativo de Defesa

⁴² SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, nº 2, p.390-417, jul./dez. 2005.

⁴³ BARROS, Alamiro Bica Buys de, 1914. Instituições de Economia Política. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. p.76.

Econômica (CADE), que é uma autarquia em regime especial com jurisdição em todo o território nacional, criada através da Lei nº 4.137/62. E, em decorrência da Lei nº 8.884/94, o órgão foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Contudo, o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDE) só foi criado efetivamente em 2011 através da Lei nº 12.529/2011 que o estruturou. O SBDE tem o CADE como órgão integrante, com o poder de julgar e punir administrativamente pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações à ordem econômica.

Assim, o CADE visa evitar as condutas lesivas ao mercado e ao consumidor como o Monopólio, o Oligopólio e os Cartéis.

O Monopólio ocorre quando uma única empresa domina a oferta de determinado produto ou serviço. O Oligopólio é uma estrutura de mercado caracterizada por um número pequeno de empresas, com alto grau de concentração local, ou de poder de mercado. As políticas adotadas pelos oligopolistas são tomadas de acordo com os efeitos sobre os seus rivais. E os cartéis podem ser entendidos como um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para, principalmente, fixação de preços ou cotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação ou, por meio da ação coordenada entre os participantes, eliminar a concorrência e aumentar os preços dos produtos, obtendo maiores lucros, em prejuízo do bem-estar do consumidor.

Todas as condutas que visam lesar o mercado e os consumidores independentemente qualquer outro instrumento legal vão de encontro a Princípio Constitucional, previsto no art. 170 da Constituição Federal. O Princípio da Livre Concorrência.

Dessa forma, a defesa do direito de concorrência e defesa dos direitos do consumidor consubstanciam o cumprimento de preceito constitucional.

Assim, o direito de concorrência e a regulação do mercado são necessárias para o bom funcionamento do mercado, uma vez que desse bom funcionamento depende a economia do Brasil.

Não se pode, todavia, desvincular a regulação do mercado da defesa do consumidor, uma vez que os bens, produtos ou serviços são por estes utilizados ou consumidos. E estes na relação de forças dentro do mercado são geralmente a parte mais fraca da relação.

Ademais, na era da globalização a regulação do mercado a fim de evitar os monopólios, oligopólios, Cartéis, entre outras formas de exploração, privilégio e manipulação do mercado é imprescindível que não só o Brasil, mas sim que todos os países possuam mecanismos para evitar

Referências

- BAGNOLI, Vicente. Direito da Concorrência: Visão Geral. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo, a. 3, n. 2, 2002.
- BARROS, Alamiro Bica Buys de. *Instituições de Economia Política*. Vol. 1: Introdução e Noções Fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966.
- BASTOS, Aurélio Wander. Cartéis e Concorrência: Estudo da Evolução Conceitual da Legislação Brasileira sobre Abuso do Poder Econômico. In: _____ (Org.). *Estudos Introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997.
- BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Relatório anual*. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/antes_2003/rel_1996.pdf> Acesso em: 06 ago. 2017.
- BRASIL, Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm> acesso em: 17 jul. 2017.
- BRASIL, Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm> Acesso em: 15 jul. 2017.
- BRASIL, Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 15 jul. 2017.
- BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício. São Paulo: RT, 1997.
- CARPENA, Heloisa. *O Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Teoría Económica Del Contrato*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- FAGUNDES, Jorge. Políticas de Defesa da Concorrência e Política Industrial: Convergência ou Divergência? *Revista do Ibrac*, volume 5, número 6, 1998.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos antitruste*. São Paulo: RT, 1998.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GAMEZ, Milton. Sadia tenta o bote. *Isto É*. 26 jul. 2006. Disponível em: <http://www.terra.com.br/istoe/1918/economia/1918_sadia_tenta_bote.htm> . Acesso em 10 nov. 2007.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, Amanda Flavio de. A Evolução da Defesa da Concorrência e do Consumidor no Brasil. In: Fórum Permanente de Debates sobre Direito do Consumidor, realizado no dia 22 de outubro de 2007, no auditório da EMERJ: Rio de Janeiro.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, nº 2, p.390-417, jul./dez. 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22^a ed. São Paulo: Malheiros.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Informação legislativa*, ano 39, nº 155, jul./set. 2002.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Forense: Rio de Janeiro, 1993

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A QUESTÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PARADIGMA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE QUESTION OF THE BLOCK OF CONSTITUTIONALITY AS A PARADIGM IN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

Arthur Bezerra de Souza Junior¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Paula Zambelli Salgado Brasil²

Universidade Nove de Julho

Sumário: Introdução; Controle de Constitucionalidade: breves considerações; O processo de elaboração dos tratados internacionais; A emenda constitucional 45 e os tratados de direitos humanos; Os tratados de direitos humanos com força de cláusulas pétreas; O bloco de constitucionalidade e o parâmetro (normas de referência) para o controle de constitucionalidade; Conclusão; Referências

Introdução

A partir do advento da emenda constitucional nº 45 de 2004, o texto constitucional brasileiro ganhou em seu bojo o parágrafo 3º, no artigo 5º, afirmando que todo tratado internacional que se refere aos Direitos Humanos, que forem aprovados por 3/5, em dois turnos, em ambas as casas legislativas do Congresso Nacional, passam a possuir status constitucional, devendo ser considerado hierarquicamente superior a qualquer norma que não esteja no corpo da Constituição.

Com isso, a doutrina passou a considerá-los como integrantes do chamado “Bloco de Constitucionalidade”, o qual pode ser considerado um conjunto de normas que, embora não estejam formalmente inseridas no texto constitucional, possuem por sua natureza, força Constitucional. E, uma vez inserida no Bloco de Constitucionalidade, a lei ou ato normativo tem prevalência sobre as demais normas e por consequência a configurarem como paradigma para o Controle de Constitucionalidade.

Uma vez que haja o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos – incorporados a ordem jurídica pelo rito do parágrafo 3º do Artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 – compõem o Bloco de Constitucionalidade, resta saber se

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Processual pela UNISUL. Professor Universitário. Advogado.

² Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Professora da Universidade Nove de Julho.

isso implica em torná-los, automaticamente, parâmetro de referência para o Controle de Constitucionalidade das normas jurídicas. Pois que tal situação trata importantes consequências para a jurisdição constitucional, uma vez que as referências do que se entende por constitucional será ampliado por outras fontes de análise.

Assim, este trabalho propõe demonstrar como se construiu esta lógica, explicando que, por força das interpretações do Supremo Tribunal Federal e tendo em conta as alterações promovidas no texto constitucional brasileiro, os tratados internacionais de Direitos Humanos devem ser utilizados como paradigma para a realização do Controle de Constitucionalidade das normas jurídicas em geral.

Controle de Constitucionalidade: breves considerações

Todas as Constituições Dogmáticas, desenvolvidas em um determinado momento, pelo Poder Constituinte originário, tem necessidade de constituir mecanismos para assegurar sua supremacia em relação a outras normas do Ordenamento Jurídico que integram. A esse mecanismo dá-se o nome de “controle de constitucionalidade” das normas infraconstitucionais. Tal controle surgiu paralelo ao próprio aparecimento das primeiras Constituições escritas, quando passou-se a entender incompatível com a lógica de um “sistema de normas” o fato de uma lei inferior em desrespeito a uma lei superior.

A questão, no entanto, torna-se muito mais complexa quando se pretende definir o que seja inconstitucionalidade. Aplicar a lógica reversa aqui é fatal: inconstitucional seria tudo aquilo que de alguma forma contrariasse a Constituição. Não mesmo! Para definir o fenômeno da inconstitucionalidade, é imperativa a percepção do que pode e o que não pode ser objeto dessa espécie de conflito. Sem esse cuidado elementar, corre-se sério risco de confundir ilegalidade com inconstitucionalidade. Nesse sentido, as normas jurídicas podem ser divididas em duas categorias iniciais: normas constitucionais e normas infraconstitucionais. As normas constitucionais, por sua vez, admitem uma subdivisão em normas constitucionais originárias e normas constitucionais derivadas. As primeiras, inseridas na Constituição pelo próprio Poder Constituinte Originário. Já as segundas, fruto de uma necessidade de atualização do texto constitucional, a fim de manter a sua atualidade, sendo materializadas em emendas de revisão (que, ao todo, foram seis) e emendas constitucionais.

As normas infraconstitucionais, por sua vez, também admitem uma subdivisão em atos normativos primários e atos normativos não-primários. Como atos normativos primários, tem-se todos aqueles que têm fundamento no próprio texto constitucional, ou seja, no processo legislativo inserido na Constituição. Tais atos criam, modificam e revogam relações jurídicas, obedecendo apenas aos princípios constitucionais que norteiam a sua elaboração. Segundo a doutrina, esses atos têm aptidão para ferir a Constituição e podem ser objeto, portanto, de uma ação direta de inconstitucionalidade. Como exemplo desses atos tem-se as emendas à Constituição, as emendas de revisão, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os

decretos legislativos, as resoluções legislativas, os tratados internacionais e os atos normativos dotados de certa autonomia (que não meramente regulamentares como, por exemplo, os regimentos dos tribunais).

Por outro lado, os atos normativos não-primários não podem ser objeto de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Estão inseridos nessa categoria todos os demais atos que derivam do poder de regulamentar incito ao Chefe do Poder Executivo e utilizado para suprir lacunas da lei na sua aplicação no caso concreto. Citem-se, por exemplos os decretos meramente regulamentadores, as portarias, os autos de infração, os atos normativos estrangeiros, os regulamentos, as convenções coletivas de trabalho, entre outros, sendo, inclusive, de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder de regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V da CRFB³).

Isto posto, define-se inconstitucionalidade como sendo a desconformidade do ato normativo primário ou da norma constitucional derivada com o conteúdo material da Constituição ou elaborada sem a observância das normas constitucionais concernentes ao processo legislativo ou aos limites ao poder de reforma do texto constitucional.

Desta feita, importante é tratar das técnicas usadas no Brasil para o Controle de Constitucionalidade. As formas pelas quais se pode provocar o Poder Judiciário, para que declare se uma lei ou ato normativo é constitucional ou não, dividem-se em duas, quais sejam: a primeira é o chamado Controle Concentrado ou por “via de ação” (ou “controle abstrato”, “via direta”, “via de representação”, “controle atípico”); a segunda é denominado Controle Difuso ou “via de defesa” (ou “via de exceção”, “controle típico”, “controle concreto”). São técnicas radicalmente diferentes, possuindo formas, órgãos (habilitados a proferir a decisão) e efeitos muitas das vezes diversos.

No controle concentrado busca se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um processo concreto. São espécies de controle concentrado.⁴

Vislumbra-se que esta via encontra o seu fundamento normativo no artigo 102 da Constituição, explicita-se: “Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe julgar e processar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.”

A nota caracterizadora desta via é o fato de nela instaurar-se um processo que não tem outro objeto senão o de dirimir a questão de inconstitucionalidade. O pedido que é

³ Art. 49 – É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – Sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

⁴ V. SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 53-54.

feito ao Judiciário diz respeito, exclusivamente, a que ele se pronuncie sobre a adequação ou não desta lei ao texto constitucional.

Os legitimados ativos para promover esta representação, desencadeando a ação, são os indicados no Artigo 103 da CRFB⁵. Os efeitos desta decisão são erga omnes, implicam a perda de vigência da lei, pois proclamada a decisão pelo STF esta faz coisa julgada, não podendo ser alterada. Destarte, o dispositivo levado ao Supremo e declarado inconstitucional pela via de ação perde a sua eficácia.

Já o controle difuso é criado, portanto, como instrumento de garantia dos direitos individuais recém-positivados contra possíveis violações normativas praticadas pelos Poderes do Estado. Comunica-se também a fiscalização constitucional com a doutrina americana dos *checks and balances*, isto é, freios e contra-freios entre os três Poderes, inovação americana à teoria clássica da separação de Montesquieu.

Logo, até hoje, esta via só pode ser utilizada pelas pessoas que foram colhidas por um ato inconstitucional, é preciso que elas tenham o interesse para agir processualmente, a partir do momento que estejam envolvidas em lides que apresentem matérias constitucionais relacionadas com a defesa de seus direitos. Portanto, esta via tem características próprias, sendo um instrumento fundamentalmente destinado à proteção do direito individual, de situações subjetivas.

O ponto fulcral desta via é circunstância de que a inconstitucionalidade torna-se uma questão incidental, não sendo o objeto principal da lide, da controvérsia. Logo, nesta forma de controle há uma lide, uma controvérsia entre as partes litigantes que não se confunde com a discussão da constitucionalidade ou não da lei⁶.

Concluindo, o controle difuso de linhagem tradicional, sendo realizado dentro de uma lide, *inter partes*, podendo a inconstitucionalidade ser declarada pelo juiz de primeiro grau, Tribunais superiores ou pelo Supremo Tribunal federal, via recurso extraordinário. Quando a decisão do STF é pela inconstitucionalidade da lei, o efeito para

⁵ O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou Distrital, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁶ Um exemplo seria uma questão fiscal: o fisco quer receber um tributo que não foi pago administrativamente, neste caso, o Poder Público move uma execução destinada a cobrar coercitivamente a quantia que julga ter direito. O contribuinte poderá valer-se de diversas defesas, alegando o pagamento, a prescrição da cobrança, ou, entre estas alegações poderá existir aquela em que o Requerido considera a pretensão do fisco calcada numa lei inconstitucional, logo, entre as demais defesas ele inserirá o argumento da inconstitucionalidade da lei (onde a regra é a inconstitucionalidade ser resolvida no final, apenas quando o juiz não tem outros recursos, depois de já decidido/percorrido os demais fundamentos, do contrário a questão da inconstitucionalidade passará despercebida – sendo, portanto, uma prejudicial de mérito, não se confundido com o próprio mérito da causa mas, decidida num sentido ou noutro, possivelmente influirá na decisão final. É por esta razão que tal questão só poderá ser examinada depois de o juiz ter passado em revista todas as alegações e fundamentos do réu; se mesmo assim se fizer necessário para a defesa desta parte a aceitação da arguição da inconstitucionalidade, ela será realizada; entretanto, se for possível chegar-se à denegação da ação sem transpassar a questão da inconstitucionalidade o juiz assim o fará).

as partes, de tal decisão, é *ex tunc*. “A sentença é declaratória. Faz coisa julgada entre as partes.”⁷

Pode, ainda, o Supremo fazer uma comunicação ao Senado Federal, para que, por resolução, suspenda a execução desta lei. Caso o Senado suspenda a aplicação da lei, tal resolução gera efeitos *ex nunc* e *erga omnes*.

Assim, dado o conceito do controle de Constitucionalidade, necessário se faz entender que este controle se dá em relação (usando-o com referência) ao texto constitucional. Contudo, outros textos fora do corpo constitucional podem ser usados como esta referência por integrarem o Bloco de Constitucionalidade.

Pode-se então, afirmar que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que foram aprovados pelo rito de emenda constitucional integram este grupo e são paradigmas de controle de constitucionalidade.

Assim passa-se agora a demonstrar o processo de criação dos tratados internacionais e seus desdobramentos que a Constituição de 1988 impõe para, então ao final, tratar do entendimento de parâmetro para o Controle de constitucionalidade das normas e sua relação com o conceito de Bloco de Constitucionalidade.

O processo de elaboração dos tratados internacionais

Assim como em qualquer outro negócio jurídico, o Tratado Internacional precisa para sua formalização de partes que, nada mais são do que as pessoas jurídicas envolvidas no processo convencional. Existem duas formas de se realizar um tratado, quais sejam os Tratados bilaterais: o nome é autoexplicativo, os tratados bilaterais são aqueles realizados por apenas duas pessoas jurídicas podendo ser dois estados ou mesmo duas organizações e os Tratados Multilaterais ou coletivos: que são tratados que possuem como sujeitos três ou mais pessoas jurídicas.

Via de regra, todo Estado soberano tais quais as organizações internacionais possuem capacidade jurídica para serem partes na elaboração de um tratado. Ocorre, todavia que, como qualquer pessoa jurídica, os Estados e as Organizações necessitam ser representados por um representante legal, tendo em vista não terem elas capacidade de per si de manifestarem suas vontades.

Conforme ensina José Francisco Rezek ⁸, o representante legal dos países varia de acordo com o sistema de governo adotado, nos países em que vige o sistema presidencialista, o chefe de Estado e o chefe de governo se confundem na mesma pessoa, assim, é ele quem representará o Estado ante os demais países e organizações

⁷ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 56.

⁸ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: Curso Elementar. 9ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

internacionais na elaboração dos tratados. Por outro norte, no sistema parlamentarista que, via de regra o chefe de estado e o chefe de governo são sujeitos distintos, cabendo ao primeiro a representação do país no âmbito transnacional enquanto que o segundo será o responsável pela administração interna do Estado.

É salutar mencionar ainda, a figura dos plenipotenciários que, a princípio, se exterioriza na figura do Ministro de Estado responsável pelas relações exteriores. Vale dizer que ele está presente em qualquer sistema de governo.

O ministro das relações exteriores tem por função, dentre outras, representar o chefe de estado junto às pessoas jurídicas internacionais, assemelhando-se a um mandatário.

Outro plenipotenciário é o chefe de missão diplomática, ou embaixador, porém, seus poderes de representação são restritos à capacidade de realização de tratados somente junto ao Estado em que exerce a função.

Assemelha-se aos plenipotenciários o governo co-pactuante que, ao receber do chefe do Estado a carta de plenos poderes, por intermédio de um diplomata ou servidor público de outra área, terá capacidade para realizar o acordo. Destarte, o plenipotenciário para realizar o acordo, também se legitima pela carta de plenos poderes.

Importante ainda se comentar a respeito das delegações nacionais que, por vezes, ocorrem na fase negocial da elaboração dos tratados. Tais delegações são compostas por delegados, suplentes ou assessores, tendo como chefe um plenipotenciário detentor da carta de plenos poderes. Como já dito, a função do plenipotenciário é representar o chefe de estado, incumbindo aos demais órgãos da delegação auxiliá-lo no que for necessário. Delimitada a competência para ser sujeito de um dado tratado, há que se analisar as formas de negociação que, não obstante, se expressam em duas, como se vê a seguir:

a) Negociação bilateral: Normalmente a negociação entre dois Estados soberanos ocorre no território de um deles quando há embaixada do outro contratante naquele país. Todavia, nada impede que a realização do acordo ocorra em um dos países acordantes quando houver falta de relacionamento diplomático entre os Estados pactuantes, cabendo a país visitante enviar uma delegação *ad hoc* a fim de representá-lo na realização do tratado.

Por vezes, no entanto, existem certos fatores que ensejam a realização do tratado bilateral no território de um terceiro Estado, a fim de que um dos acordantes prevaleça sobre o outro.

b) Negociação coletiva, que, nas palavras de José Francisco Rezek:

A negociação coletiva comum reclama a convocação de uma conferência diplomática internacional, voltada exclusivamente para a feitura de um ou mais tratados, ou para a pauta de discussão mais ampla, em que se inscreva, contudo, alguma produção convencional. [...] A conferência é usual mesmo quando não muito numerosos os Estados interessados em pactuar. Sua iniciativa, assume-a um grupo de Estados, uma organização internacional, ou mesmo um Estado

isolado que, por qualquer razão, tenha especial interesse no trato da matéria. Se a iniciativa é de uma organização internacional, pode dar-se que em seu próprio interior deva ter curso a negociação do tratado. De outro modo, impõe-se o entendimento oportuno com Estado que ofereça seu território para sediar a conferência.⁹

É costumeiro que, ante as diversas linhas de pensamentos sustentadas pelos países participantes da convenção, haja contradição. Devido a isto foi criado o fenômeno da sucumbência que assevera a obrigatoriedade de aceitação pelos Estados pactuantes contrários à convenção desde que a maioria de dois terços dos demais Estados votem a favor da convenção. Assim encontra-se a Convenção de Viena que regula o processo de elaboração dos Tratados, conforme dispõe seu artigo 9º, §2º.

Após realizada a negociação entre as pessoas jurídicas das gentes, seja bilateral, seja coletiva, como qualquer outro negócio jurídico necessário se faz a expressão de consentimento pelas partes que se faz por meio da assinatura.

Como regra, com a firma o tratado passa a ter vigência imediata, salvo se as partes contratantes expressarem no corpo do texto cláusula de ordem de vigência a “*posteriore*”, ou seja, “*vacatio legis*”.

Imperioso ressaltar ainda a existência do intercâmbio instrumental que se traduz na troca de notas. Esta por sua vez é a postergação da expressão de consentimento à ulterior manifestação das partes. Vale dizer, pelo fato da nota ser unilateral, a assinatura da nota não ocasiona a expressão de consentimento pelo país, mas sim a sua transmissão à parte co-pactuante.

Após assinado o tratado, o seu texto deve ser aprovado pelo poder legislativo do país tratante a fim de privilegiar o princípio da repartição dos poderes. Conforme ensina os Ilustres doutrinadores Flavia Piovesan e Luis Flávio Gomes:

Deste modo, o poder de celebrar tratados é uma autêntica expressão da sistemática de *checks and balances*. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso do poder.¹⁰

Por fim, após o ato de negociação, conclusão, assinatura e referendo pelo Poder Legislativo, o tratado deve ser ratificado. Ratificar significa confirmar. Trata-se de ato do Poder Executivo via de regra, em âmbito internacional, junto aos demais Estados soberanos ou organismos internacionais, quando da realização de um tratado, atestando seu consentimento em obrigar-se pelo pacto. Nas palavras de Rezek, “É ato unilateral

⁹ REZEK, José Francisco. op. cit., p.41.

¹⁰ GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 156.

com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.”¹¹

A ratificação é discricionária. Diante disto, não comete qualquer ilícito internacional o Estado que se abstém de ratificar um acordo bilateral ou mesmo coletivo.

Por se tratar de ato unilateral e discricionário, uma vez expressado se torna irretratável ainda que o tratado não esteja em vigor.

Devido ao grau de complexidade e relevância de um tratado a ratificação obrigatoriamente deverá ser expressa, e assim não poderia ser diferente sob pena de colocar em risco a segurança jurídica ente os Estados soberanos partes de um determinado acordo.

A emenda constitucional 45 e os tratados de direitos humanos

Com a publicação da Emenda 45 em 31 de dezembro de 2004, dentre as alterações apresentadas na Carta Magna, foram incluídos os §§ 3º e 4º no art. 5º, ambos referentes aos Tratados Internacionais, *in verbis*:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Com a redação do referido § 3º, entendeu-se alguns doutrinadores que os tratados internacionais de direitos humanos não possuíam anterior à referida emenda status de norma constitucional. Apenas com sua promulgação, a Emenda Constitucional 45 veio a conferir força constitucional aos tratados somente quando aprovados pelo quórum de 3/5 em duplo turno nas duas casas legislativas, sendo os demais tratados internacionais, aprovados por maioria simples, Leis de caráter Ordinárias.

Nesse sentido caminha o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A Emenda n. 45/2004 veio esclarecer a situação dos direitos advenientes dos tratados. Decorre dela deverem-se distinguir duas situações. Uma a dos tratados que, de acordo com o novo § 3º do art. 5º (parágrafo acrescentado por essa Emenda), tiverem sido aprovados pelas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus respectivos membros (procedimento equivalente ao de adoção de Emenda Constitucional – v. art. 60, §2º, da Lei Magna); outra, a dos tratados que não foram assim aprovados. No primeiro caso, os direitos decorrentes do tratado têm *status* constitucional,

¹¹ REZEK, José Francisco. op. cit., p.50.

equiparam-se aos direitos fundamentais enunciados pela Constituição (arts. 5º e 6º). Claro está que o ato que contrariar tais direitos incidirá em inconstitucionalidade. No segundo, o seu *status* é a lei infraconstitucional.¹²

E continua Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, no mesmo sentido:

É preciso estar atento para o seguinte fato: ao estabelecer que os "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais", está o Poder Constituinte Derivado a afirmar que os tratados que não passarem por tal procedimento não terão vigor constitucional. Como todas as convenções, inclusive as de direitos humanos, não passaram até hoje pelo escrutínio descrito, não teriam elas, assim, eficácia de emenda constitucional. Eis a interpretação autêntica – porque subscrita pelo próprio Constituinte – dada EC nº 45/2004: os documentos normativos internacionais de direitos humanos anteriores à ela – a EC 45 – não têm altura constitucional, e somente passarão a tê-la após votação especial em dois turnos, pela maioria de três quintos, em cada Casa Parlamentar. Destarte, a Reforma em análise veio a expressar a posição abraçada pela visão restritiva do Supremo Tribunal Federal e dos autores que o seguem.¹³

Ainda respalda essa posição Agapito Machado:

Acaba a antiga discussão que ocorreu a respeito do chamado Pacto de São José da Costa Rica em que os Tribunais Judiciários Brasileiros admitiram que eles (tratados e convenções) poderiam perder eficácia em face de simples leis posteriores, ou seja, o próprio STF entendia que a norma internacional ingressava em nosso ordenamento jurídico apenas com força de lei ordinária e/ou decreto-legislativo – art.49, I c/c art.59, VI da CF/88, e não com força de norma constitucional como poderia sugerir o art.5º, §2º, da CF/88. Agora, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, vale dizer, não perderão eficácia diante de leis ou decreto-legislativo posteriores. Convém ressaltar que os antigos tratados já aprovados por decreto legislativo, sobre direito fundamentais, restarão com "status" de lei ordinária, sendo que para galgarem o "status" de emenda, deverão se submeter ao novo processo legislativo (3/5). Parte da doutrina já entendia que a redação do próprio art.5º, § 2º, já denotava que os tais tratados teriam "status" de norma

¹² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. ed. 8, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 101.

¹³ LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **Força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>.

constitucional, sendo despicinda a reforma. Contudo, prevaleceu a opinião do STF.¹⁴

Por outro norte, encontra-se a melhor corrente sobre o assunto, que afirma ter o §3º do art. 5º, conferido aos tratados internacionais aprovados pelo procedimento das Emendas Constitucionais eficácia constitucional formal, permanecendo os demais, com eficácia material, conforme anteriormente exposto. Assim encontra-se o pensamento de José Afonso da Silva:

Isso quer dizer que as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, *formal*, se o decreto legislativo que as referendarem for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais previsto no art. 60 da Constituição. Direito Constitucional formal, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de natureza constitucional material o serão sempre, como são todas as normas sobre direitos humanos.¹⁵

Nesse sentido, o § 3º do art. 5º pode ser considerado como norma interpretativa, com o fim de encerrar as controvérsias suscitadas pelo § 2º do mesmo artigo. Nos termos da opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré existe, ao clarificar a lei existente. Diante disso, o aludido parágrafo tem o escopo de confirmar a eficácia normativa constitucional do §2º. Nesse passo encontra-se Flávia Piovesan:

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º.¹⁶

Vê-se, portanto, duas situações que levantam interessantes debates no âmbito da doutrina brasileira. Os tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram aprovados pelo rito de aprovação da Emenda Constitucional e os que não foram. Com já citado, estes últimos ganham força de Lei Ordinária. E, com a inserção o §3º do artigo 5º da Constituição foram criadas categorias de direitos humanos materialmente constitucionais, ou seja, aqueles que não foram aprovados pelo rito de aprovação da Emenda Constitucional), contudo, com matérias constitucionais em seu bojo.

¹⁴ MACHADO, Agapito. **A nova reforma do Poder Judiciário: EC nº 45/04**. http://64.233.161.104/search?q=cache:lpfBYiobXyQJ:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D6378+tratados+internacionais+ap%C3%B3s+EC+45&hl=pt-PT&gl=br&ct=clnk&cd=7&lr=lang_pt.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. 24, São Paulo: Editora Malheiros. 2005, p. 183.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. Ed. 7, São Paulo. Editora Saraiva. 2005, p. 74.

Por outro lado, criou-se também a categoria dos direitos humanos formalmente e materialmente constitucionais, sendo aqueles tratados internacionais aprovados pelo rito de aprovação da Emenda Constitucional, tendo, portanto, incluso no texto constitucional. Neste sentido também entende Ingo Wolfgang Sarlet:

É, portanto, evidente que uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que a nossa Carta Magna, como já referida, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II da CF), seja com assento na Constituição, seja fora desta, além da circunstância de que tal conceituação estritamente formal nada revela sobre o conteúdo (isto é, a matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais.¹⁷

Assim sendo, com respaldo nas lições prolatadas, é de verificar-se que os Tratados de Direitos Humanos podem se apresentar por duas configurações diferenciadas: podem ser normas material e formalmente constitucional, quando ratificados conforme o procedimento previsto no art. 5º, §3º ou podem ser apenas materialmente constitucionais, pois que incorporados pelo procedimento ordinário e, portanto, não contarem a aprovação com quorum que os eleva a categoria de normas com status constitucional. Justamente tendo isso em conta, é importante ainda asseverar que podem ainda esses tratados, se acaso disponham sobre matérias de Direitos e garantias individuais, serem considerados cláusulas pétreas. Que é o que se passa a expor, no tópico subsequente.

Os tratados de direitos humanos com força de cláusulas pétreas

Como analisado acima, após a Emenda Constitucional 45, todo Tratado Internacional de Direitos Humanos que, sofrendo aprovação no Congresso Nacional, com o quorum de votação relativo à emenda constitucional ganhará, com sua entrada no ordenamento pátria, status constitucional por se tratarem de direitos fundamentais estritamente relacionados com a dignidade da pessoa humana.

Evidentemente que, com o ingresso no ordenamento com força constitucional, as normas de direitos humanos expressos nos tratados, absorvem toda a sistemática que a Carta Magna traz em seu bojo, como hierarquia, eficácia e suas normas, principiologia e processos de interpretação.

Desta forma, surge a pergunta: as regras contidas nos tratados Internacionais de Direitos Humanos que ingressam no ordenamento jurídico pátrio assumem qual papel?

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.89.

A resposta é obtida a partir do momento que se passa a entender a natureza dos Direitos Humanos. Por se tratarem de garantias inerentes à condição de humanidade do ser são de extrema importância para o desenvolvimento completo e saudável do homem. Os Direitos Humanos são direitos Valores, onde seus textos devem ser interpretados como diretrizes a serem seguidas para garantir o mínimo de existência digna do ser humano.

Ora, assim pode-se dizer que Direitos Humanos estão intimamente ligados com a proteção da Dignidade da Pessoa Humana. E assim sendo, a lógica nos permite concluir que esta categoria de direitos engloba a Bloco Constitucional mais especificamente como Direitos Fundamentais.

Os Direitos Humanos visam a garantia do desenvolvimento do homem tanto no aspecto individual quanto coletivo. Obstam o abuso de poder por parte do Estado em relação ao indivíduo e garantem liberdades para o pleno desenvolvimento. Por esta razão que resta claro que Direitos Humanos são classificados, ao ingressarem no ordenamento pátrio com força constitucional, de Direitos Fundamentais.

Neste sentido, Wladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano assim entendem, quando em obra conjunta entendem Direitos Humanos como Direitos Fundamentais, *in verbis*:

Nossa Carta Magna não também trata dos direitos humanos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, gênero do qual são Espécies os “Direitos Individuais e Coletivos” (Capítulo I), “Direitos Sociais” (Capítulo II), a “Nacionalidade” (Capítulo III), os “Direitos Políticos” (Capítulo IV) e os regramentos dos “Partidos Políticos” (Capítulo V).¹⁸

E continuam:

Não adentraremos, contudo, a análise de outras expressões, oportunamente utilizadas como referência aos direitos humanos e que já foram bem estudadas pela doutrina - “direitos do homem”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais”, “direitos essenciais”, “direitos de liberdade”, “direitos inalienáveis”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos da personalidade”, “direitos personalíssimos”, “liberdades públicas”, “direitos naturais”, “direitos morais”, “direitos inatos” etc. Nossa análise terminológica cinge-se unicamente à expressão “direitos humanos” e em sua forma positiva no direito doméstico – ou seja “direitos fundamentais” -, aplicada aos direitos humanos reconhecidos na ordem constitucional positivada de determinado Estado.¹⁹

É clarividente que os Direitos Humanos se enquadram na categoria de direitos fundamentais. Contudo, o que se conceitua como direitos fundamentais?

¹⁸ SILVEIRA, Vladimir oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. op. cit., p 204.

¹⁹ Idem. p. 204-205.

As prerrogativas que os indivíduos possuem diante do Poder Estatal, encontrando limites que obstam a invasão na esfera jurídica dos indivíduos são denominados Direitos Fundamentais. A proteção das liberdades do cidadão está englobada nesta dimensão.

Pelo fato dos direitos humanos serem direitos fundamentais, ao incorporarem o ordenamento jurídico interno, por força do art. 60, §4º, inc. IV da Carta Maior serão considerados cláusulas pétreas, uma vez que, conforme este dispositivo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Incorporando o ordenamento jurídico brasileiro com força de cláusula pétrea, o constituinte derivado não poderá por emenda sucumbir do ordenamento o texto que garantiu o direito fundamental proveniente do tratado internacional de direitos humanos.

Assim também entende Daniel Augusto Mesquita:

O *quorum* de aprovação trazido pelo § 3º do artigo 5º (três quintos, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional) é exatamente o mesmo previsto para a aprovação de emenda constitucional. A única diferença que se pode apontar entre esse dispositivo e o previsto no artigo 60, § 2º, da Constituição é que as emendas constitucionais aprovadas conforme este procedimento transladam-se para o texto constitucional, ou seja, integrarão o corpo da Constituição. Já os tratados, integrados conforme o referido § 3º, por serem "equivalentes" às emendas constitucionais, não integrarão o corpo do texto constitucional. Continuarão, assim, com a forma estabelecida nos pactos internacionais, mas serão incorporados ao ordenamento interno como se emendas constitucionais fossem. Essa diferença, entretanto, não provoca aplicações distintas entre as emendas constitucionais inscritas no corpo da Constituição e os tratados integrados ao ordenamento com o *quorum* especial. A expressão "equivalentes", trazida na EC 45/2004, afirma que esses tratados terão todas as características de uma emenda. Dentre essas características, a principal é a inscrição dos direitos fundamentais previstos nos tratados no rol das cláusulas pétreas. Esse rol é apresentado na Constituição vigente pelo artigo 60, § 4º. Os dois incisos desse dispositivo que indicam direitos fundamentais são: voto direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais (direitos expostos no art. 5º da CF/88). Desta maneira, se um tratado internacional versar sobre voto direto, secreto, universal e periódico, ou sobre direitos e garantias individuais e for internalizado por meio dos procedimentos expostos no §3º do artigo 5º, esse tratado (se não for tendente a abolir esses direitos) não poderá ser retirado do ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo se o pacto que o originou foi bilateral e o outro Estado o denunciou.

20

²⁰MESQUITA, Daniel Augusto. Incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento jurídico brasileiro.

Faz, todavia, uma ressalva no seguinte sentido: se o tratado internacional não for incorporado ao ordenamento interno pelo procedimento de emenda constitucional, caso venha a ser denunciado, perderá sua eficácia. De outra face, se o tratado for formal e materialmente constitucional, ainda que haja a denuncia do tratado, jamais perderá sua eficácia.

Permitir que direitos humanos sejam retirados do ordenamento jurídico após seu ingresso, em se tratando de direitos formalmente e materialmente constitucionais é aceitar um regresso ao desenvolvimento do cidadão. Salienta-se que por se tratarem de direitos fundamentais, autorizar sua retirada é tirar da pessoa humana direitos inerentes à sua natureza, os quais são classificados como sagrados.

Assim, a segurança jurídica é prestigiada e os séculos de desenvolvimento dos direitos humanos são levantados como baluarte, não permitindo que a luta de muitos em prol da humanidade seja esquecida ou tratada com o valor que realmente merece.

O bloco de constitucionalidade e o parâmetro (normas de referência) para o controle de constitucionalidade

Como viu-se, tradicionalmente são as normas constitucionais formais as levadas em consideração para a análise in abstracto dos textos (numa comparação de sentido entre o texto da lei e o texto da norma constitucional parâmetro). Portanto, é a partir do sentido trazido nas normas componentes do texto constitucional que se pode invocar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em sede de controle de Constitucionalidade.

Era pacífico, portanto, na doutrina brasileira que apenas poderia ser parâmetro de constitucionalidade, uma norma formalmente constitucional. Justamente por isso, tanto o ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) quanto o texto efetivamente normativo era considerado parâmetro, com exceção do preâmbulo, isso porque há decisões do STF no sentido de que não se pode declarar uma norma inconstitucional por violar o preâmbulo da Constituição.

Contudo, passados alguns anos de vigência do texto e com a modificação textual advinda das Emendas Constitucionais, uma primeira discussão se estabelece, quando se passou a questionar o que se poderia entender por “formalmente constitucional”, e como seriam entendidas as Emendas que alterassem o texto formal da Constituição e, também, mantivessem seu corpo textual trechos que permaneceriam parcialmente dispersos, formando, assim, trechos normativos com status constitucional, porém que não estariam inseridos nem no texto da Constituição, nem comporiam o ADCT.

Com o advento da emenda constitucional 45/2004 muitas foram as celeumas trazidas, especialmente em saber o que efetivamente seria parâmetro de constitucionalidade e, principalmente, se o Brasil passaria a adotar a teoria do “Bloco de Constitucionalidade” – tal qual já realizado na França, Alemanha ou na Argentina –

entendendo como parâmetro de constitucionalidade não apenas o texto constitucional formal, “mas também outras normas derivadas de um direito supralegal situação em que o parâmetro assume natureza de verdadeiro **bloco de constitucionalidade**”²¹ (negrito no original).

O que se observou, com o passar dos anos e das decisões do STF é que considerou-se também componente do Bloco de Constitucionalidade “qualquer Tratado Internacional de Direitos Humanos, desde que fosse internalizado na ordem jurídica com o mesmo procedimento destinado às Emendas Constitucionais, pois que tais tratados são também considerados normas com *status* constitucional. Assim,

(...) o Estado brasileiro possui um bloco de constitucionalidade, ou seja, as suas normas constitucionais não se resumem à Constituição Federal de 1988, mas a um conjunto de atos normativos esparsos. Todavia, apesar de ser um ponto pacífico a existência do bloco, existem polêmicas sobre quais atos normativos devem ser considerados constitucionais, componentes do bloco, e, dessa forma, paradigmas do controle de constitucionalidade²².

Assim, apontando já um aspecto positivo, afirma-se que com a adoção do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF, os tratados em matéria de direitos humanos passariam a integrar o bloco de constitucionalidade, que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional, que atuam, em seu conjunto, como parâmetro do controle de constitucionalidade, o que configura um avanço em relação à posição mais restritiva do nosso Supremo Tribunal Federal na matéria, que, por exemplo, não outorga força normativa superior ao Preâmbulo da Constituição²³

Nesse sentido, nas decisões judiciais brasileiras está se desenvolvendo uma tendência, já percebida na Europa, de ampliação do entendimento do que sejam efetivamente as normas constitucionais para além do seu texto formalizado: “Em síntese, a substância do bloco é a existência de normas periféricas que, unindo-se ao texto da Constituição, formam um todo inseparável. Daí falar-se, também, em Constituição periférica.”²⁴.

Entretanto, é importante asseverar que em alguns julgados do STF se procedeu à restrição do entendimento do que seria o “bloco de constitucionalidade brasileiro” de forma que se definiu que apenas seriam considerados parte do bloco os tratados que aprovados nos moldes do Art. 5º, § 3º:

²¹ CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 109-110.

²² CARVALHO, Feliciano. **Teoria do bloco de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em 05/08/2017.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição. Vitória: Revista Depoimentos. n. 9. jan.-dez. 2005. p. 17.

²⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004. p. 103

(...) pois qualquer assunto aprovado nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos e por maioria de três quintos tem o condão de se tornar norma formalmente constitucional. (...) é evidente a possibilidade da formação do bloco de constitucionalidade brasileiro também pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, mas com a observação do Supremo Tribunal Federal de que só terão essa hierarquia quando aprovados nos moldes do Art. 5º, § 3º, da CF/88”²⁵.

Do que foi exposto acima, de observar-se a importância de que exista uma sistematização do entendimento do que integra, efetivamente, o bloco de constitucionalidade de uma ordem jurídica, inclusive para a proteção dos direitos humanos e para a sua compatibilização com o ordenamento jurídico nacional, preservando a segurança jurídica constitucional do ordenamento como um todo.

Também há de se notar que, assumindo o STF a postura de que o Bloco de Constitucionalidade pode ser utilizado como parâmetro para o Controle de Constitucionalidade, é imperioso afirmar que os Tratados de Direitos Humanos que passarem pelo rito de aprovação da Emenda Constitucional, por ganharem força constitucional, poderão ser utilizados como paradigma para este Controle.

Conclusão

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, iniciou-se a discussão sobre a eficácia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Isso porque o §2º do art. 5º do texto constitucional deixou claro que, além dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna brasileira, também são reconhecidos os princípios decorrentes de tratados internacionais reconhecidos pela República Federativa do Brasil.

A discussão se amolda no sentido de terem ou não os referidos tratados natureza constitucional ou de simples Lei Ordinárias assim como os demais tratados internacionais ratificados pelo país.

Os tratados de direitos humanos gozavam de status de lei ordinária, no ordenamento jurídico pátrio. Por outro norte, a corrente minoritária (mas não menos importante) defendia que, o art. 5º, §2º da Constituição conferia aos tratados uma eficácia materialmente constitucional. Em 31 dezembro de 2004 foi publicada a Emenda Constitucional 45 que tratou da reforma do Poder Judiciário e incluiu ao art. 5º os §§ 3º e 4º, mitigando tal discussão. Passou a expressar o § 3º que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nas casas do Congresso Nacional pelo rito de Emenda Constitucional previsto no art. 60 da Constituição Federal, possuiriam natureza constitucional.

²⁵ CARVALHO, Feliciano. op. cit.

Assim, não restam mais dúvidas que caso eles venham a ser aprovados pelo rito de Emenda, serão considerados uma norma constitucional formal e materialmente. Ademais, essa modalidade de tratado passará a integrar o rol das cláusulas pétreas uma vez que os direitos humanos nada mais são do que direitos individuais fundamentais e, conforme o art. 60, §4º da CF, tais direitos pertencem ao referido rol. Garante-se a segurança jurídica e o pleno desenvolvimento, pois os Tratados Internacionais de Direitos Humanos visam conferir ao indivíduo uma maior proteção contra as barbáries cometidas rotineiramente pelo Estado e, para tanto, a ele deve ser conferido um poder de norma dura que coíba o retrocesso social até mesmo quando o Tratado for denunciado.

A própria Constituição Federal traz como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e para essa ser alcançada não se deve ater apenas ao texto constitucional expresse, mas sim conferir aos tratados internacionais força constitucional, como cláusulas pétreas, para a garantia de um dos mais especiais rolos dos Direitos, que são os Direitos Fundamentais.

Também, por possuírem esta força constitucional, ou seja, ingressam no denominado Bloco de Constitucionalidade, tornando-se paradigma, ou seja, norma de referência para o Controle de Constitucionalidade no Brasil.

Referências

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 3. ed. São Paulo: Editora Forense. 2001

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03/08/2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em 03/08/2017.

CARVALHO, Feliciano. **Teoria do bloco de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em 05/08/2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Interamericano dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

- LIMA, Francisco Gérson Marques de. Bloco de constitucionalidade: o sistema francês e espanhol. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 3, ano II, 2004.
- LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **Força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004** <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>. Acesso em 02/08/2017.
- MACHADO, Agapito. **A nova reforma do Poder Judiciário: EC nº 45/04**. http://64.233.161.104/search?q=cache:lpfBYiobXyQJ:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D6378+tratados+internacionais+ap%3C%3B3s+EC+45&hl=ptPT&gl=br&ct=clnk&cd=7&lr=lang_pt. Acesso em 02/08/2017.
- MESQUITA, Daniel Augusto. **Incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento jurídico brasileiro**. http://64.233.161.104/search?q=cache:J53l9Pq8W70J:www.idp.org.br/caderno_o_virtual/caderno_virtual12/doutrina/daniel.pdf+tratados+internacionais+ap%3C%3B3s+EC+45&hl=pt-PT&gl=br&ct=clnk&cd=4&lr=lang_pt. Acesso em 02/08/2017.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2005.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição. *Vitória: Revista Depoimentos*. n. 9. jan.-dez. 2005.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da, ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos, conceito, significado e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUSÊNCIAS SOCIALMENTE ESTRUTURADAS E DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL: ALICERCES DE ACESSO À JURISDIÇÃO SUSTENTÁVEL

**SOCIALLY STRUCTURED ABSENCE AND PROCEDURAL
DEMOCRATIZATION: ACCESS TO ACCESS TO SUSTAINABLE
JURISDICTION**

Francini Meneghini Lazzari¹

Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

Bárbara Dal Rosso Lima²

Universidade do Minho (UMinho)

Sumário: Introdução; 1. A modernidade, o ideário de igualdade e a sociologia das ausências; 2. Mecanismos Para A Efetivação Do Acesso À Justiça; Considerações finais; Referências

Introdução

A temática central do estudo emerge do interesse despertado pelas questões sociais, onde se incitou o questionamento sobre os motivos das mazelas no acesso à justiça e quais seriam as formas para tornar essa realidade um meio de justiça social.

Ademais, soma-se ao desejo de auxiliar na emancipação de segmentos populacionais segregados como uma reação à colonialidade que ainda se verifica no sul global, pleiteando-se que estas pessoas sejam ouvidas, tenham suas experiências e expectativas levadas em consideração, bem como tenham um tratamento e um acesso à justiça verdadeiramente equânime.

Outrossim, a relevância do tema do presente artigo se manifesta na emergência da questão, a qual através dos estudos e debates acadêmicos pode vir a ter seu paradigma de proteção ampliado em prol de pessoas, as quais muitas vezes não têm a possibilidade de ver efetivada a justiça social de aconselhamento, prevenção, julgamento e conhecimento no que tange aos seus direitos.

Neste diapasão, a amplitude da representatividade dos estudos sobre o acesso à justiça, indubitavelmente, deve ser efetivada no contexto sistêmico e nacional, através da incitação do reconhecimento do acesso ao maior número de pessoas, da necessidade de haver uma revolução na concepção do direito através das várias facetas da

¹ Mestranda em Direitos Emergentes na Sociedade Global – Sociobiodiversidade e Sustentabilidade da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), Integrante do Grupo de Pesquisa de Direito à Sociobiodiversidade – GPDS (UFSM); francinimlazzari@hotmail.com

² Mestranda em Negócios Internacionais da Universidade do Minho (UMinho), Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); barbara_dalrosso@hotmail.com

sustentabilidade, sejam elas, sociais, econômicas, culturais ou políticas para que se possa ampliar a concepção do direito como um instrumento da transformação social.

Fazendo uma análise prática e temática através do contato com bibliografias específicas, pode-se notar que desde o surgimento da modernidade existem falências do princípio da igualdade, o qual nasce num contexto individualista e excludente e cria, até hoje e cada vez mais, novas formas de desigualdades. Neste sentido, para cumprir o papel emancipatório da modernidade é preciso fazer uma crítica radical e é deste ponto de partida que sugerimos repensar as concepções que dominam o direito como as práticas de igualdade e acesso à justiça. Destarte, devemos deslocar a preocupação para grupos e classes socialmente oprimidas que, lutando contra todas as formas de segregação, devolvem ao direito a emancipação: de novos sujeitos e de novas dimensões de direitos. A revolução democrática na justiça nada mais é que a valorização da diversidade jurídica no mundo como mola propulsora de um pensamento jurídico crítico. Conforme Boaventura (2007 p. 6):

Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade e fraternidade) temos acumulado um espólio de dívida. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de estados democráticos civilizados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social.

Assim sendo, da temática deste artigo, emergiu o problema que hoje se instala nesta pesquisa, qual seja: Em que medida as disparidades de acesso à justiça se relacionam com a democratização processual?

Sob essa perspectiva buscou-se angariar alicerces, mesmo que ainda preliminares, para responder a essa pergunta. Assim, esse estudo tem por objetivo delimitar as bases que conduzem à necessidade de uma revolução na concepção de justiça de acesso e igualdade, através da sustentabilidade e seus vários segmentos.

Dessa forma, primeiramente examina-se o surgimento da modernidade e suas promessas num contexto social burguês que segue de uma crise moderna que podemos intitular pós modernidade, modernidade reflexiva ou hipermodernidade. Correlato a tal análise, verifica-se a inaplicabilidade material do princípio da igualdade para então ater-se ao estudo da sociologia das ausências como ausências socialmente estruturadas que demonstram a falência da igualdade bem como o inconformismo com o desperdício da luta por direitos mais justos acessíveis.

Já no segundo capítulo do estudo intitulado encontra-se delimitado o problema da presente pesquisa, uma vez que se busca angariar as bases para uma democratização no acesso jurídico. Dessa forma, tecemos apontamentos sobre o acesso à justiça, os entraves a este e a possibilidade de democratização através de uma revolução pautada na sustentabilidade.

A realização desta pesquisa contará com embasamento jurídico e doutrinário, tendo em vista que o tema acesso à justiça necessita de uma intersecção com outras áreas do saber, aumentando complexidade para que o estudo não seja simplificado a apenas uma influência de conhecimento, trazendo à baila questões que se relacionam, têm ponte ou se ligam com a presente pesquisa. Para tanto utilizar-se-á como base a teoria complexo-sistêmica, visto que o objeto da pesquisa será abordado a partir de suas concepções econômicas, sociais, políticas e jurídicas demonstrando-se assim, com base na doutrina de Pedro Demo e Edgard Morin, a seleção de elementos de ordem e de certeza como fio condutor, com o intuito de distinguir sem separar e de associar sem reduzir, devido à interdisciplinaridade da contenda.

Os métodos de procedimento utilizados na elaboração da pesquisa serão o histórico e o sistêmico. O primeiro será utilizado em razão da imprescindível análise da história para entender o presente no que tange à igualdade, bem como o acesso e suas vulnerabilidades, as quais são reflexo de prioridades existentes desde a emergência da modernidade. Ainda no intuito de verificar a possibilidade de uma mudança de paradigma sociocultural, bem como no intento de fazer com que as áreas do conhecimento se cruzem, será utilizado o método de procedimento sistêmico.

Por fim, destinou-se um espaço para a elaboração de considerações finais sobre o debate realizado, buscando-se compilar as principais ideias elucidadas, buscando incansavelmente a possibilidade de transformação social através do direito para que mais pessoas tenham um acesso efetivo à justiça e igualdade material, processos pautados em uma revolução jurídica multifacetada de sustentabilidade. Desta forma, poderemos finalmente falar em sociologia das emergências.

1. A modernidade, o ideário de igualdade e a sociologia das ausências

A promessa de igualdade, inaugurada com a modernidade³ que emerge juntamente com o capitalismo e se solidifica durante o século XIX, sempre foi omissa quanto às demandas sociais. Juntamente com uma nova era, desvinculada do medievo, emergia um novo homem, livre e racional, desprendido da natureza, do divino, do monarca⁴. O mundo vivenciaria as várias facetas das práticas humanas e a mudança do que até então se conhecia como tempo e espaço, vez que estes passam a ser emancipados da noção de fixos e sólidos, abrindo espaço para máquinas mais velozes, com invenções

³ Segundo Beck (2000, p. 16) “a modernidade refere-se a modos de vida e de organização social que emergiram na Europa cerca do século XVII e que adquiriram, subsequentemente, uma influência mais ou menos universais.”.

⁴ Segundo Joël Roman (1998, p. 39/40) a modernidade confunde-se com a aparição do indivíduo (...) quer seja no plano dos princípios de organização da sociedade e dos valores que a sustentam, com o aparecimento de um direito natural que também é um direito subjetivo, isto é, um direito associado ao indivíduo como tal, na sua qualidade única de ser humano, independentemente e anteriormente a qualquer ligação política ou social (...) em resumo, através destes traços, aquilo que assistimos é ao aparecimento de um indivíduo livre.

e desenvolvimento de tecnologias que cada vez ocupavam melhor o tempo produzindo mais em um menor lapso temporal, um mundo mais dinâmico e relativizado. Inaugura-se a era da suprema e inquestionável influência da razão que começa a apontar para novos paradigmas.

Desta forma, a modernidade nasce com a ideia de mudança, de emancipação, de maior liberdade, de busca de igualdade, de desaparecimento de lealdades tradicionais e do fim do medo da vingança divina. Assim, seguindo os ensinamentos de Bauman, a antiga sociedade “sólida” começaria a ser “líquida” ou “fluída” com a modernidade que buscava não erradicar os sólidos, mas antes disso dar a ele novas roupagens para que os interesses modernos fossem satisfeitos de forma exata, completa, perfeita e imutável. Assim, a modernidade nasce também com o desejo de desfazer a solidez e reinventar outra que tornaria o mundo previsível e administrável. Nesse sentido, Bauman explica (2003, p. 09):

O “espírito” era “moderno”, ele o era na medida em que estava determinado que a realidade deveria ser emancipada da “mão morta” de sua própria história — e isso só poderia ser feito derretendo os sólidos (isto é, por definição, dissolvendo o que quer que persistisse no tempo e fosse infenso à sua passagem ou imune a seu fluxo). Essa intenção clamava, por sua vez, pela “profanação do sagrado”: pelo repúdio e destronamento do passado, e, antes e acima de tudo, da “tradição” — isto é, o sedimento ou resíduo do passado no presente; clamava pelo esmagamento da armadura protetora forjada de crenças e lealdades que permitiam que os sólidos resistissem à “liquefação”.

Desta forma, a fluidez moderna faria desaparecer as sólidas tradições do passado e faria emergir suas próprias tradições, relevantes, racionais e verdadeiramente sólidas. Ao perpassar a Revolução Francesa e a Revolução Industrial e ao ser consagrada por pensadores como Descartes e Bacon a modernidade passa a expandir seus ideais nascidos no ocidente, mais precisamente na Europa, movendo-se em direção à outras civilizações com o intuito de inserir as máximas de emancipação do indivíduo, de igualdade, de crescimento econômico, de ciência, de desvinculação do homem com a natureza, de necessidade de desenvolvimento tecnológico, de democracia liberal e de direitos humanos.

Com a solidificação da modernidade, o mundo acaba por se homogeneizar em muitos aspectos, surgindo o que Samuel Huntington denomina “do ocidente e o resto”, ou como preferimos o sul social e o norte social, estigmatizados na separação sociobioeconômica de dois mundos. Lecionando sobre os impactos da modernidade, Boaventura (2010, p.32) elenca a separação epistemológica, política, social e geográfica do mundo através de linhas abissais, as quais estruturam um modelo a ser seguido como o correto, válido, seguro e apagam todas as outras vivências e realidades sociais.

A homogeneização e a segmentação abissal de realidades, continentes e seres humanos começa a delinear a derrocada de uma das máximas da modernidade: a

igualdade⁵. Nota-se que com a absorção dos ideários da modernidade, ora impostos por regimes totalitários, ora através dos direitos humanos, o colonialismo passa a ser revestido de colonialidade⁶ que se manifesta como uma máxima do capitalismo fundada nas mais diversas desigualdades ao libertar o escravo e escravizar o consumidor, ao trazer a ciência e sufocar o saber tradicional, ao fomentar a revolução verde e fundar periferias e latifúndios, ao ver todas as segregações e trata-las como fatores normais da globalização e ao asfixiar toda diversidade cultural com uniformidades.

Assim, passamos a ter um exercício de poder através de uma dominação de hegemonia eurocentrada, típica da modernidade que se expande através de uma colonialidade que ainda assombra a metade sul da geopolítica mundial e a torna cada vez mais desigual e distante das primárias promessas modernas.

Os alicerces da modernidade e as sólidas tradições enfraquecem-se com o tempo. Ao homem moderno é dada a liberdade da autonomia e da razão de escolha, o que o faz querer cada vez mais crescimento econômico, exploração da natureza, desinstitucionalização e fuga de tudo que é imutável. Com o êxito moderno a sociedade passa a produzir riscos e a precisar de mandamentos que atendam às novas demandas sociais de um mundo em mutação onde a emancipação do homem também exigia mais direitos e menos limitações.

Nessa toada, a modernidade até então desenvolvida, conhecida como modernidade clássica passa a se tornar, conforme Beck, modernidade reflexiva⁷, uma modernidade que surge da prosperidade da fase moderna clássica e que, em contrapartida, traz consequências como riscos ambientais e tecnológicos, fazendo-se necessárias alterações nos padrões da própria modernidade. Segundo Beck (2000, p.2):

Em virtude de seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está a modificar as suas formações de classe, de status, de ocupação, os papéis sexuais, a família nuclear, a indústria, os sectores empresariais e, claro, também os pré requisitos e as formas do natural progresso tecnoeconómico. Esta nova fase, na qual o progresso se pode transformar em autodestruição, na qual um tipo de modernização corta e transforma outro tipo, é aquela a que chamo da modernização reflexiva.

⁵ Ainda que não se desconheça que a modernidade tenha sido erguida sobre os princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, neste trabalho nos focaremos unicamente na primeira.

⁶ Segundo Quijano (2010, p.73) “Colonialidade é um conceito diferente de, ainda que vinculado a, colonialismo. Este último refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controlo da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial (...). O colonialismo é, obviamente, mais antigo, enquanto a colonialidade tem vindo a provar, nos últimos 500 anos, ser mais profunda e duradoura que o colonialismo.”.

⁷ Pra Beck (2000, p.2), “modernização reflexiva” significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa de toda uma época: a da sociedade industrial. O “sujeito” desta destruição criativa não é a revolução, nem a crise, mas a vitória da modernidade ocidental.

Os conceitos da modernidade clássica tornam-se aos poucos inadequados e obsoletos, uma vez que para a nova sociedade de risco que passa a emergir faz-se necessária uma modernidade reflexiva, moldável às flutuações e mudanças, estando aberta a várias perspectivas⁸. Na leitura cruzada de autores que discorrem sobre modernidade podemos notar semelhanças e diferenças. Ainda que diverjam⁹ sobre a nomenclatura do atual estágio que vivemos, ora nomeando como modernidade líquida para Bauman, modernidade reflexiva para Beck ou Hipermodernidade para Lipovetki podemos notar a semelhança: a instantaneidade aqui-agora, a necessidade de mutação, a insuficiência dos conceitos modernos e a emergência de uma sociedade desvinculada do tradicional, do estanque.

Houve o abalo dos alicerces absolutos da modernidade e o fracasso das grandes ideologias modernas. A sociedade passa a ser mais diversa, flutuante, líquida.

Nota-se o esgotamento dos preceitos da sociedade industrial com a necessidade de fazer emergir novos direitos que seriam pautados em um novo estado cultural. A vida humana na modernidade está vinculada a coisas que não mudam, mas são estimuladas a transformação, e é exatamente isso que com o tempo torna a modernidade insuficiente. O Estado recua, a religião tem cada vez menos influência, a família muda sua constituição. Nesse sentido, Lipovetki (2004, pg.3):

Trata-se não mais de sair do mundo da tradição para aceder à racionalidade moderna, e sim de modernizar a própria modernidade, racionalizar a racionalização - ou seja, na realidade destruir os "arcaísmos" e as rotinas burocráticas, pôr fim à rigidez institucional e aos entraves protecionistas, rebocar, privatizar, estimular a concorrência (...) não há alternativa, senão evoluir, acelerar para não ser ultrapassado pela "evolução": o culto da modernização técnica prevaleceu sobre a glorificação dos fins e dos ideais. Quanto menos o futuro é previsível, mais ele precisa ser mutável, flexível, reativo, permanentemente pronto a mudar, supermoderno, mais moderno que os modernos dos tempos heróicos. A mitologia da ruptura radical foi substituída pela cultura do mais rápido e do sempre mais: mais rentabilidade, mais desempenho, mais flexibilidade, mais inovação. Resta saber se, na realidade, isso não significa modernização cega, niilismo técnico-mercantil.

Indubitavelmente, tais desigualdades não poderiam ficar distantes da seara política e jurídica. Ainda que a nova "modernidade sólida" de Bauman traga um estado racional que resolve todos os problemas e promove a justiça, cuidando dos cidadãos

⁸Beck diferencia pós modernismo de modernidade reflexiva, afastando a ideia do primeiro e fortalecendo a ideia da segunda ao discorrer que aquele se limitaria a apontar a crise sem buscar soluções a ela enquanto esta procura se adequar às novas demandas, identificando a crise e buscando contorná-la. Assim a modernidade não teria sido substituída pela pós modernidade, mas antes ela estaria constantemente em transformação.

⁹Também encontramos divergência sobre a pós modernidade, se ela seria o atual estágio ou um estágio de transição entre a modernidade e a contemporaneidade.

civilizados, ela também traz a solidificação de desigualdades e diferenças cada vez mais aparentes no meio social. Para isso, passaremos à análise da igualdade formal e material.

Sempre se falou e se pensou em igualdade, conceito que permeia a história da filosofia desde os pensadores pré-socráticos. Aristóteles descreve a igualdade há séculos, delineando a realidade de seu tempo onde tal conceito excluía e segregava estrangeiros, escravos, crianças e mulheres. Aproximando o conceito de igualdade ao de justiça, notamos a exclusão de específicos segmentos sociais que, ainda hoje, por mais que o conceito de liberdade tenha sido alargado, encontram-se afastados da herança masculina e nacionalista cunhada por Aristóteles e outros pensadores de seu tempo.¹⁰ Grandes parcelas de seres humanos que compartilhavam o mesmo meio social eram segregados à situação de incapacidade para a vida civil, de não cidadãos, de não iguais, de não sujeitos a qualquer comparação de igualdade e desigualdade e, até mesmo, no caso de escravos segregados à condição de destinados por natureza à escravidão.

Notamos que a igualdade estendida a todos é um conceito que começa a ser desenvolvido apenas na modernidade, onde estender a igualdade era essencial para que a burguesia em ascensão extinguisse com todos os privilégios que a nobreza e o clero até então gozavam. Contudo, notamos que as revoluções liberais que marcam os séculos XVIII e XIX, como a Revolução Francesa, têm como principal lema a liberdade, sendo a igualdade posta em segundo plano.

O protagonismo da liberdade atendia às necessidades imediatas da burguesia: a expansão de mercados e a abstenção Estatal na economia, já que os intentos burgueses se encontravam até então amarrados em um mundo que julgava o lucro e privilegiava a linhagem hereditária. Nesse contexto, não interessa à burguesia, a qual já possuía uma predominância harmônica como classe social privilegiada, a consolidação da igualdade de condições de participação social ou processual de outras classes e segmentos sociais historicamente excluídos.

Nessa toada, secundarizar a igualdade frente à liberdade é uma característica da burguesia e do liberalismo, uma vez que até então uma declaração legislativa formal de que todos são iguais bastaria, já que os próprios burgueses são uma classe socioeconômica beneficiada e, para continuar sendo, precisa que haja aqueles que trabalham mais, recebem menos e são materialmente desiguais. É o que nos lembra José Afonso da Silva (2003, p.211):

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinário e até as lutas em torno desta obnubilaram

¹⁰ Aristóteles afirma sobre os escravos em sua obra *Política* (2001, p.18): “Existe, na espécie humana, seres tão inferiores a outros quanto o corpo o é em relação à alma, ou a besta ao homem; são aqueles para os quais a utilização da força física é o melhor que se consegue. Segundo os nossos princípios, tais indivíduos são destinados por natureza à escravidão; pois para eles não há nada mais simples do que obedecer. Assim é o escravo por instinto; pode pertencer a outrem (também lhe pertence ele de fato), e não tem razão mais do que suficiente para dela experimentar um vago sentimento; não possui a razão em sua plenitude. Os outros animais que não a possuem seguem as expressões exteriores”.

aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica do seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que se assenta a democracia liberal burguesa.

Indubitavelmente, a igualdade na modernidade ascende como uma norma jurídica, sendo, em tese, aplicável a todos. A partir de então todas as leis não poderiam atender a critérios não isonômicos. Em outros termos, é o que hoje se conhece por igualdade formal, onde a lei garantiria um tratamento igual a todos, sem privilégios que criam desigualdades intoleráveis. Assim, com o surgimento do Estado de Direito, este não poderia mais beneficiar certa categoria de pessoas uma vez que este deve se abster, abolindo os privilégios e se solidificando sobre os pilares da lei.

No Brasil, artigo 5º, caput da Constituição Federal leciona que todos são iguais perante a lei, sem distinção. É uma orientação que garante para todo o sistema legislativo uma igualdade formal. Contudo, a sociedade atual necessita também de instrumentos de promoção de uma igualdade social e jurídica para que, efetivamente, na seara jurídica todos tenham a mesma possibilidade de acesso à justiça. A igualdade de direitos não é, por si só, suficiente para que todos usufruam das mesmas condições sociais, dos mesmos benefícios étnicos e do mesmo acesso à justiça. Portanto, é necessário que se leve em conta uma dimensão material do princípio da igualdade que não deve ter sempre uma fórmula fixa de aplicação, mas antes disso, deve verificar as diferenças e as semelhanças das partes envolvidas.

Para isso, a igualdade de direitos não se basta na previsão legal, significa igualdade de oportunidades, de acesso, de respeito e de aplicação de direitos fundamentais. A igualdade material é a igualdade que todos temos como seres humanos, independente de estigmas de cor, credo, sexualidade e toda a forma de preconceito. Mazzilli (2015, p. 733) discorre que “é preciso, pois, compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, consiste em tratar diferentemente os desiguais, buscando compensar juridicamente a desigualdade e igualá-los em oportunidades”.¹¹

Assim, é verificável do já exposto que a uniformidade facilita o poder absoluto e que, indubitavelmente, a pretensa igualdade nos demonstra isso, uma vez que ela nunca foi real e serviu apenas para legitimar ‘iguais’ a serem dominados por uma instância

¹¹ LENZA (2015, p. 1158/1160) lembra que, por vezes, o próprio constituinte estabelece desigualdades, por exemplo, em relação à igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, licença maternidade e licença paternidade, serviço militar obrigatório. Ainda, podem haver algumas discriminações positivas onde o constituinte tratou de proteger certos grupos que, em seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando caracterizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

superior. É desse ponto que se expõe a necessidade de se repensar as concepções dominantes do direito, formando-se um novo senso comum por meio de críticas à abrangência da igualdade e seus reflexos no acesso à justiça. Para isso, passaremos a explicar o conceito de sociologia das ausências.

Através da naturalização das diferenças é assentada a lógica da classificação social que faz, materialmente, sujeitos desiguais ainda que exista uma lei que os iguale. A distribuição social nega a intencionalidade e o privilégio da hierarquia social e, assim, hierarquiza de forma velada categorias de pessoas que têm mais ou menos acesso aos seus direitos. Com a emergência do capitalismo, as margens da sociedade foram alargadas, contudo as categorias que as compunha sempre a este lugar pertenceram. Como em Aristóteles, os negros, os pobres, os estrangeiros e tantas outras categorias vivem à margem de seus direitos. Assim, se estrutura intrinsecamente na sociedade uma forma de inferioridade natural e insuperável que faz com que as necessidades e reconhecimentos de direitos a tais segmentos não sejam levados em consideração, inclusive, em termos de igualdade material.

As raízes da modernidade, a qual começa a uniformizar o mundo dividido geopoliticamente em norte e sul social, bem como a luta burguesa pelo ideário da igualdade são o enredo das ausências socialmente estruturadas, pois o verdadeiro cerne do protagonismo da luta desses direitos sempre foi para um grupo homogêneo e para uma classe social preocupado em expandir mercado e erradicar com os privilégios da nobreza.¹² Com uma igualdade formal, a exploração de classe baseada no privilégio poderia permanecer, assim como a exploração de trabalho e a hierarquização de uma sociedade que passa a viver uma igualdade na ideia que se estrutura em desigualdade na prática.

Nesse sentido, para a verdadeira efetivação de uma igualdade a todos devemos, através da sociologia das ausências incluir o outro historicamente excluído, entender o outro como uma mazela do desenvolvimento social que deve ser equânime, abrangente e inclusivo. Devemos fazer que todos os atores sociais tenham voz, estender a igualdade de direitos e de acesso como uma forma de reação à colonialidade de Quijano anteriormente exposta. Boaventura ao discorrer sobre a contenda (pg. 18-20):

A sociologia das ausências confronta-se com a colonialidade, procurando uma nova articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença e abrindo espaço para a possibilidade de diferenças iguais – uma ecologia de

¹² Quando falamos na concepção ocidental/capitalista das classes sociais e sua hierarquização inerente, devemos lembrar que a propagação de tal sistema se deve não só aos colonizadores e aos ocidentais, mas também àqueles que absorveram a lógica por eles imposta. Nesse sentido, nos lembra Quijano (2010, p.75) “O eurocentrismo não é exclusivamente a perspectiva cognitiva dos europeus ou apenas dos dominantes do capitalismo mundial, mas também o conjunto dos educados sobre sua hegemonia e embora isso implique num componente etnocêntrico, este não explica nem é sua fonte principal de sentido. Trata-se da perspectiva cognitiva durante um longo tempo do conjunto do mundo eurocentrado do capitalismo colonial/moderno e que naturaliza a experiência dos indivíduos nesse padrão de poder, ou seja falas entender como natural, consequentemente, como dadas a não suscetíveis de ser questionadas.”

diferenças feita de reconhecimentos recíprocos isto consiste na desconstrução tanto da diferença (em que medida a diferença é um produto da hierarquia?) como da hierarquia (em que medida a hierarquia é um produto da diferença?). As diferenças que subsistem quando desaparece a hierarquia tornam-se uma denúncia poderosa das diferenças que a hierarquia exige para não desaparecer. (...) Trata-se de uma versão ampla de realismo, que inclui as realidades ausentes por via do silenciamento, da supressão e da marginalização, isto é, as realidades que são activamente produzidas como não existentes.

O que se pretende através da sociologia das ausências é identificar as inúmeras opressões que ceifam direitos e dar aos grupos hierarquicamente inferiores a mesma importância de direitos que as demais pessoas. É buscar dar presença e protagonismo de pessoas historicamente colocadas na condição de Outro. A sociologia das ausências visa ampliar o tempo presente e extrair dele o máximo de experiências sociais e de protagonismos de sujeitos para que as experiências sociais e políticas desses grupos também sejam pauta no que tange aos seus direitos. Dessa forma, as experiências sociais não seriam desperdiçadas nem mesmo oprimidas.

Nota-se cada vez mais novas formas de desigualdades, que, ligadas ao gênero, raça, etnia e localização fazem que os direitos sejam reduzidos, bem como as oportunidades de desenvolvimento educacional, de níveis de rendimento econômico, de expectativa de vida e de acesso à justiça. As classes populacionais, ainda que materialmente desiguais, buscam cada vez mais entender o processo de desigualdade como violação de seus direitos, indo bater, algumas vezes às portas do judiciário, devolvendo ao direito o verdadeiro papel emancipatório na busca concreta de igualdade. Nas palavras de Boaventura (2007, pg. 9):

A consciência de direitos é, por sua vez, uma consciência complexa, por um lado, compreende tanto o direito à igualdade quanto o direito à diferença (étnica, cultural, de gênero, de orientação sexual, entre outras; por outro lado, reivindica não só o reconhecimento de direitos individuais, mas também de direitos coletivos (dos camponeses sem terra, dos povos indígenas, dos afro-descendentes, das comunidades quilombolas etc.).

Se a “igualdade a todos” da modernidade não passou de um plano tático de uma classe social que segrega e cria processos de exclusão, como juristas devemos levar em consideração a preocupação de buscar processos de inclusão na seara do direito. Trata-se de uma sociologia que não seja convencional, mas uma sociologia das ausências, inconformada com o desperdício das experiências sociais que não têm voz e igualdade de direito e de acesso à justiça. Nesse sentido, passaremos a analisar o acesso à justiça e as formas de sua concretização.

2. Mecanismos para a efetivação do acesso à justiça

O acesso à justiça é, antes de tudo, a alma do processo, pois exprime o meio pelo qual a igualdade seja garantida e não apenas proclamada, bem como a forma de que

todos na maior pluralidade de sujeitos possível, tenham formas de solucionar suas lides em igualdade de condições. Insta destacar de imediato que acesso à justiça abrange a justiça social como um todo no sentido não apenas de acesso, mas também de assessoria, consultoria e prevenção. Contudo, para isso, primeiramente deve ser realmente acessível a todos, integrando todas as partes da sociedade.

A história evolutiva do acesso à justiça nos mostra que assim como o princípio da igualdade, intrinsecamente ligado ao acesso à justiça, pois é a ele que cabe a abrangência material de ‘todos’, nos estados liberais burgueses que começam a expandir os conceitos de modernidade expostos no capítulo anterior, o tema acesso à justiça era um direito meramente formal, uma vez que cabia ao Estado apenas uma conduta passiva para que não houvessem violações nessa seara, sem maiores preocupações quanto aos entraves enfrentados por algumas pessoas na busca de seus direitos. O Estado formalista, indiferente aos problemas reais fazia juízos hipotéticos, afastando o acesso à justiça das reais necessidades da população. Nesse sentido, Cappelletti e Garth (2002, p.4):

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens no sistema “laissez faire” só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com seus custos, aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, não material.

Com o desenvolvimento da modernidade e com o caráter coletivo que começa a se delinear em resposta aos individualismos até então propagados pela burguesia, o Estado passa a reconhecer direitos e deveres sociais de comunidades, associações, indivíduos. Explica Angela Espindola (2013, p. 68):

A complexidade social, a emergência de novos direitos (especialmente a partir do período do segundo pós guerra e da abertura democrática dos Estados), a (não) realização dos direitos e a intensificação dos fenômenos da globalização, temperados pela crise paradigmática, provocaram um verdadeiro abismo entre o pensamento jurídico (pretensamente) moderno e a realidade social.

A busca pela efetividade de direitos já existentes e também por novos direitos sociais emerge com impulso da Constituição Francesa de 1946 e o Estado passa a ter uma postura positiva para efetivação dos direitos por ele consagrados, inaugurando a era do *Welfare State* onde os direitos humanos e o acesso à justiça deixam de ser efetivos apenas em um diploma legal, buscando uma maior aproximação com a realidade dos povos.

Desta feita, o acesso à justiça vem, cada vez mais, sendo aceito como um direito social básico. Contudo, ainda hoje sua efetividade não é plena, pois a igualdade e o acesso à justiça ainda são entravados por diversos fatores. Se o acesso à justiça deve ser democrático, podemos extrair do já delineado, que nessa democracia há crise de representatividade, socialmente estruturada desde a emergência do princípio da igualdade.

No ordenamento jurídico pátrio, o acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Todavia, sabe-se que para que o acesso à justiça seja igualitário, as partes devem ser materialmente iguais na paridade de armas, ou seja, devem ter as mesmas oportunidades no acesso à justiça, seja de fala, de contestação, de requerimento de provas, de opinar, ocupem as partes posições idênticas ou contrárias. Frente ao exposto, passamos por diversos obstáculos no acesso à justiça, obstáculos esses ainda mais agravados pelas ausências socialmente estruturadas.

Dentre os entraves, podemos citar o alto custo para as partes, o que age como uma barreira poderosa que impõe ao vencido o ônus da sucumbência. Assim, o vencido além de pagar a sucumbência, precisará pagar altos honorários advocatícios já que a Defensoria Pública é, no Brasil, uma instituição que não está presente em todas as comarcas e nem disponível a todas as pessoas. Além do mais, os autores precisarão segurar o juízo no que diz respeito às despesas do necessário, antes de propor a ação e deverão contar com o fato de que o valor das custas da justiça estadual não são tabeladas, variando entre os estados brasileiros. Dessa forma, ainda que haja o benefício da justiça gratuita, muitos daqueles que não têm condições econômicas, serão privados do acesso.

Outrossim, podemos citar o tempo do processo, que pode levar a desvalorização do bem requerido em juízo, pressionando aqueles que são economicamente mais fracos a abandonar as causas e fazer acordos por preços bem inferiores do que de direito.

Ademais, podemos apontar também a possibilidade das partes, uma vez que algumas espécies de litigantes gozam de vantagens estratégicas. Considerada por Cappelletti e Garth (2002, p.7) como ponto central quando se cogita da denegação do acesso efetivo à justiça, essa diferença é correlata à ineficácia do princípio de paridade de armas. Dentre as vantagens, podemos citar os recursos financeiros, uma vez que quem tem dinheiro pode pagar pra litigar e suportar a demora do processo, não cedendo a acordos que não sejam do seu estrito interesse. Pode ter gastos maiores, produzir mais provas, ter melhores argumentos e mais possibilidade de vencer a lide.

Outra vantagem reconhecida é a capacidade de percepção que possui um direito e que pode propor uma ação ou sua defesa. Essa vantagem, nas palavras de Cappelletti e Garth (2002, p. 8):

A “capacidade jurídica” pessoa, se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças na educação, meio e status social, é um conceito muito mais rico e de crucial importância na determinação de acessibilidade de justiça (...). Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos processos (...). Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico, não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.

Ainda que possamos elencar mais vantagens pessoais e mais entraves ao acesso à justiça, antes disso nos perguntamos, como juristas, qual seria a forma de buscar uma maior efetividade à justiça social do acesso à justiça? Daí a importância de repensar a abrangência desses ideários como forma da emancipação do direito através de uma revolução democrática na justiça. Para que isso aconteça, entretanto, é necessário que haja a democratização da própria sociedade que é gritantemente desigual¹³.

Dentre as tangentes apontadas por autores que estudam o tema, Boaventura (2007, p.31-32) resume as vagas no acesso à justiça de Cappeletti e Garth, na tentativa de expandir o acesso ao incluir os mais pobres, incentivar a busca de direitos coletivos, difusos e transindividuais e ao trazer formas alternativas às soluções judiciais:

Com início em meados de 1960, a primeira vaga é caracterizada pela defesa e promoção de mecanismos de apoio judiciário aos cidadãos credenciados. Assim, o apoio judiciário deixa de ser entendido como filantropia e passa a ser incluído como medida de combate à pobreza nos programas estatais. As mudanças introduzidas com a segunda vaga procuram sobretudo encorajar a defesa dos interesses coletivos e difusos em juízo, uma vez que a universalização do acesso dos particulares através de mecanismos de apoio judiciário não é por si só uma garantia de defesa de interesses coletivos, em especial por parte de grupos sociais mais vulneráveis. Na terceira vaga, o movimento de acesso à justiça procura expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui o que se convencionou chamar de ADR (resolução alternativa de litígios).

Cada vez mais se buscam tangentes à ineficácia do acesso à justiça, seja com resolução alternativa de litígios, advocacias populares, defensorias públicas, dentre outras alternativas. Isso demonstra que, indubitavelmente, uma revolução democrática se faz necessária com uma revisão de estrutura jurídica, sociológica e política. É nesse sentido que podemos analisar as multidimensões da sustentabilidade como uma possibilidade para uma sociedade que evoluiu em seus direitos e na titularidade desses, os quais têm cada vez mais dimensões e emergem numa sociedade global, interconectada, em rede e que necessita de mecanismos processuais que a acompanhem na satisfação desses direitos complexos que não são suficientemente satisfeitos sob a seara de uma jurisdição que não garante o acesso efetivo à justiça a todos os cidadãos.

Necessitamos de uma jurisdição sustentável que, igualmente cumpra sua justiça social de prevenção, aconselhamento, consulta e solução de litígios de uma forma que

¹³ Ainda que nosso tempo, como leciona Picardi em sua obra *Jurisdição e Processo* (2008, p.1-32), tenha vocação para a jurisdição devido a um deslocamento de atribuições de outros poderes (executivo e legislativo) ao judiciário, superlotando os tribunais, causando morosidade processual e trazendo a esse órgão maior confiança por parte de cidadão, devemos atentar que o acesso à justiça só será efetivo quando outros fatores alheios ao alcance unicamente da justiça forem alcançados. Fala-se em termos de distribuição de renda, qualidade de ensino, igualdade de gênero, raça, etc.

integre o máximo de pessoas e emancipe o direito através de lutas por direitos difusos e coletivos.

Dentre as multidimensões da sustentabilidade que seriam imprescindíveis para uma revolução democrática no acesso à justiça, a predecessora é a sustentabilidade social, pois é a pedra angular para o acesso à justiça. Como anteriormente descrito, em uma sociedade com desigualdades sociais tão grandes, muitas pessoas não têm suporte econômico para ingressar na justiça, bem como se sentem intimidadas frente à linguagem rebuscada e as vestes talares ou, até mesmo, nem pensam em seus direitos ora por desconhecimento ora por não saber como satisfazê-los em um meio jurídico engessado em burocracia e altos custos. Ademais, a sustentabilidade social é o meio em que as falsas promessas da modernidade podem ser efetivadas, devolvendo o protagonismo àqueles socialmente excluídos, deixados à margem, nas periferias do seletivo acesso à justiça.

Nessa toada, a sustentabilidade econômica aparece como uma necessidade, uma vez que um transtorno econômico traz um transtorno social que obstrui a sustentabilidade do acesso à justiça por restringir a igualdade àqueles que têm poderio econômico para suportar altos custos, morosidade, risco e instabilidades. Nesta senda, medidas como tabelamento de custas nas justiças estaduais, maior atuação de defensorias públicas, reformas legislativas para melhor tutela de processos de interesses coletivos e difusos são medidas que garantiriam, minimamente, uma maior paridade de armas no acesso à justiça.

Também podemos falar em sustentabilidade cultural, no sentido de que tenhamos qualidade educacional horizontalizado com o fito de que conheçamos nossos direitos e nos sintamos legitimados a busca-los uma vez que tem de haver uma meta de fazer a justiça mais próxima do cidadão, pois não há justiça se os cidadãos não se sentem parte dela.

Sachs elenca algumas formas de sustentabilidade tecendo suas motivações (2002, p. 85):

1. Social: alcance de um patamar razoável de homogeneidade social; distribuição de renda justa; qualidade de vida decente; igualdade no acesso aos recursos e serviços.
2. Cultural: capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno; autoconfiança combinada com abertura para o mundo;
3. Política: democracia definida em termos de apropriação universal dos direitos humanos; desenvolvimento da capacidade do Estado para implementar reformas; um nível razoável de coesão social.

Estamos no começo da caminhada ao acesso à justiça. Com as reformas e revoluções também há riscos e limitações, contudo qualquer caminhada que busque abranger o acesso da justiça historicamente negado a determinados segmentos sociais é digno de tentativa. Ampliar o acesso à justiça é realizar a revolução sobre a promessa de igualdade que já nasceu restritiva.

Considerações finais

Procurou-se ao longo desse estudo refletir sobre a necessidade da abrangência do acesso à justiça e do princípio da igualdade, no que tange ao esquecimento de grupos e segmentos sociais que não têm materialmente direitos equânimes. Ademais, buscou-se evidenciar a possibilidade da utilização do direito como um mecanismo de justiça social, através de uma revolução de concepções como acesso e igualdade por meio de uma sustentabilidade que abarca uma revolução social, econômica, cultural e política.

A modernidade e suas tradições já não são suficientes para o momento social que vivemos. Igualmente, para o direito os antigos cânones enraizados na burguesia e no racionalismo, são rasos. Isso leva a falência da igualdade e, correlatamente, ao acesso à justiça porque são conceitos ainda restritos a uma visão individualista, burguesa, excludente. Dessa forma, a volta do questionamento do presente trabalho: Em que medida as disparidades de acesso à justiça se relacionam com a democratização processual?

Como primeiro ponto na construção de resposta a essa pergunta, pode-se ressaltar o entendimento de que, o fato de a modernidade ter se preocupado com a igualdade meramente formal fez surgir ausências socialmente estruturadas porque não ouvidas, não iguais, não capazes dos mesmos direitos. Nesse contexto, há o desperdício de experiências sociais que ficam à margem de um direito que deve ser de todos.

Ademais, como segundo ponto, podemos citar o contexto de desenvolvimento do acesso à justiça que, assim como a igualdade, teve desde seu nascimento preocupações afastadas da realidade social de seus povos e faz desembocar numa desigualdade cada vez mais presente. Assim, não há democratização processual sem a democratização estrutural da sociedade já que sem direitos de cidadania efetivos a democracia é um fascismo disfarçado.

Defende-se, assim, que para uma democratização do processo deve-se pensar em uma revolução dos próprios conceitos acesso à justiça e igualdade. Para isso, desenvolve-se a ideia de multifacetada sustentabilidade no sentido de que essa revolução seja estruturada no segmento social, cultural, político e econômico, não sobrecarregando apenas o judiciário como o único capaz de solucionar as mazelas sociais.

Outrossim, devemos atentar ao campo contra-hegemônico da justiça, o campo dos cidadãos que passam a ter direitos que são reivindicados através do judiciário depois de anos de precarização do trabalho e exclusão social, daí a importância do acesso material à justiça como forma de pagar a conta social da modernidade através de uma sociologia das ausências.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Atena, 2001.

- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 2002.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *A Refundação da Jurisdição e as Multidimensões da Sustentabilidade*. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira, SILVA, Rosane Leal da, ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (org). *Direitos Emergentes na Sociedade Global: Anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM*. Ijuí: Ed. UNIJUÍ, 2013.
- GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- IGNACY, Sachs. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MAZZILLI, Hugo N. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro, 2008.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social, p. 75 IN: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005
- ROMAN, Joël. Autonomia e individualidade do homem moderno. IN: MORIN, Edgard et al. *A Sociedade em Busca de Valores: para fugir à alternativa entre o conceptismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA SOCIEDAD. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

SOCIAL RIGHTS AND CIVIL SOCIETY. THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Introducción; 2. Europa y el estado social: la cuestión histórica-cultural sobre la relación sociedad y pobreza; 3. El “anti-estamentarismo” de la Revolución francesa; 4. El estado social, como fruto del liberalismo; 5. El estado, como único ente obligado a la protección social de los individuos; 6. El papel de la sociedad y el constitucionalismo social; 7. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional chilena; 8. El principio de subsidiariedad en la constitución de 1980; 9. Conclusiones; Bibliografía

1. Introducción

Frecuentemente, el debate sobre la exigibilidad directa de los derechos sociales gira alrededor de un supuesto implícito, que otorga la responsabilidad del cumplimiento de este tipo de derechos de forma principal, o incluso única, al estado. Pocas veces se tiene en cuenta que la sociedad puede tener un importante papel en el logro de los objetivos propios del constitucionalismo social.

El presente trabajo, en consecuencia, busca rescatar el papel de la sociedad en el logro de los objetivos de este aspecto del constitucionalismo, y en el mismo sentido, reconocer esta cuestión no sólo como un asunto de caridad, sino como una cuestión plenamente constitucional.

2. Europa y el estado social: la cuestión histórica-cultural sobre la relación sociedad y pobreza

La historia del estado social de derecho tiene sus primeros antecedentes en la historia constitucional del siglo XIX¹ y se desarrolla con plenitud en el siglo XX. Para nuestros efectos, resulta de interés estudiar uno de los elementos que explican la aparición de este concepto en el constitucionalismo europeo-continental. Es un hecho que, en comparación con el otro gran ejemplo del constitucionalismo occidental –el derecho constitucional norteamericano– la mentalidad constitucional europeo-continental se muestra mucho más favorable a la inclusión de deberes positivos a cargo

¹ Nos referimos en particular a la Constitución francesa de 1848, así como el primer sistema obligatorio de seguridad social (el creado por el canciller Otto von BISMARCK en la Alemania del siglo XIX). Por otro lado, también debe considerarse al *Welfare State* inglés, en el período que va desde finales del siglo XIX hasta mediados del siglo XX.

del estado. Ello sería la razón de por qué, según sostiene GLENDON, los constitucionalistas continentales posteriores a la segunda guerra mundial, de todas las tendencias políticas, suplieron las tradicionales libertades negativas con ciertas obligaciones o derechos sociales y económicos afirmativos. “Los principales partidos conservadores europeos, por ejemplo –agrega–, aceptan el subsidios de crianza de familias y la financiación de la salud, el empleo y el seguro de vejez en niveles que para la mayoría de los estadounidenses resultarían apenas creíbles”². En el mismo sentido, CASPER constata la presencia de esta tendencia, de manera transversal, tanto en las tendencias autoritarias como en las democráticas del pensamiento político constitucional europeo, desde finales del siglo XVIII³.

Esta tendencia se debe a diversos factores. En lo que interesa a este trabajo, diversos autores apuntan a la temprana emergencia en el viejo continente de la idea de que la comunidad social es responsable de la suerte de sus miembros. Se trata, en parte, de una transposición, al estado moderno, de la noción feudal que un soberano debía cierta protección a sus dependientes, a cambio de su servicio y lealtad⁴. Adicionalmente, todas las formas de protección social que se conocen y practican en la actualidad pueden ser asignadas a etapas históricas específicas. Algunas de estas instituciones se remontan a la Edad Media temprana; otras —como los hospitales urbanos, fundaciones caritativas, o proyectos de vivienda social— pueden ser asignados a la época del nacimiento de las ciudades medievales, a los inicios del comercio, y la formación de las primeras grandes fortunas en los siglos XV y XVI. Unas terceras son el producto de la influencia de poderes sociales, tales como las iglesias de la época moderna y, sobre todo, el estado territorial temprano-moderno, que implementó un nuevo concepto de “trabajo”, combatió la “ociosidad”, y creó centros penitenciarios y casas de trabajo⁵. Más cerca, esta tendencia se refleja en los programas de los principales partidos políticos europeos, un gran grupo animado, sea por el pensamiento social cristiano, sea por principios socialistas o socialdemócratas⁶.

El sustrato cultural evidenciado en las anteriores citas explicaría, a nuestro juicio, la “naturalidad” con la que el constitucionalista europeo-continental —a diferencia de su par norteamericano— ha estimado al estado social y a los derechos sociales, no sólo como

² GLENDON, M.A. “Rights in twentieth-century constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), pp. 520–525. Véase también CASPER G. “Changing concepts of constitutionalism: 18th to 20th Century”, *The Supreme Court Review* 1989, p. 312. Agrega la autora que esa lista sería sorprendente para un lector norteamericano, acostumbrado a la desconfianza contra la intervención del estado en cuestiones sociales, y a la ausencia de garantías positivas en la Constitución norteamericana. El estado de bienestar norteamericano, señala, deja las pensiones, seguros y otros beneficios a la organización privada, principalmente a través de los lugares de trabajo.

³ CASPER G., *op. cit.*, p. 312

⁴ GLENDON M.A., *op. cit.*, pp. 524–525

⁵ STOLLEIS, M., *Origins of the German welfare state. Social policy in Germany to 1945*, Springer, Berlin, New York, 2013.

⁶ GLENDON M.A., *op. cit.*, pp. 524–525

un deber moral o político del estado, sino como parte integrante del constitucionalismo contemporáneo y, por tanto, como un deber jurídico constitucional de aquél.

Sin embargo, existe una diferencia sutil –a nuestro juicio, no siempre suficientemente estudiada– entre asignar esta responsabilidad a la sociedad, por una parte, y hacerlo al poder político, por otra. Tal vez una de las formas de apreciar esa diferencia es la comparación entre lo que sucedía en nuestra materia en el medioevo –o, más cerca, el Antiguo Régimen⁷–, en contraposición a lo que ocurrió a partir de la Revolución francesa.

3. El “anti-estamentarismo” de la Revolución francesa

En términos muy generales, durante la Edad Media el poder político revestía en Europa un carácter “incompleto”, esto es, la incapacidad de cubrir y controlar todas las manifestaciones y conductas sociales, al centrarse sólo en ciertas áreas de lo público. El príncipe medieval

“se ocupa [sólo] de lo que necesita para mantener firmemente el poder, es decir, de la milicia, de la administración pública, de los impuestos, de la represión y coacción para el mantenimiento del orden público, pero no es el gran titiritero que pretende controlar y mover todos los hilos de las relaciones económicas”⁸.

Por el contrario, la misma época se caracteriza por un pluralismo social fomentado por la necesidad de asegurar la subsistencia de las personas y la protección de sus bienes, en un entorno hostil y sin poderes políticos fuertes. La existencia de diferentes agrupaciones, gremios y otros cuerpos intermedios es lo que acompañó la vida de Europa hasta el fin del Antiguo Régimen.

Sin embargo, esa pluralidad social desaparece con el proceso político iniciado con la Revolución de 1789. Esto porque este acontecimiento se guio no sólo por un ideal de libertad política –dirigido en contra del Rey absoluto⁹-- sino también por un fuerte componente anti-estamentario¹⁰. El afán de libertad respecto de la situación social del

⁷ Como dice GROSSI P., *Europa y el derecho*, Crítica, Barcelona, 2008, el orden sociopolítico derribado por la Revolución Francesa en 1789, que en Francia se suele llamar Antiguo Régimen, “conservaba aún varias reliquias jurídicas medievales, que fueron mezclándose con muchas y cada vez más numerosas novedades”. De esta manera “un orden jurídico nuevo aparecerá neta y totalmente sólo con la gran revolución”

⁸ GROSSI, *op. cit.*

⁹ Algunos autores destacan cómo los revolucionarios franceses combatieron al Rey absoluto, pero no dieron término al proceso de concentración del poder que había comenzado aún antes de la Revolución francesa, que del monarca terminó siendo transferido al parlamento y, en definitiva, al estado. Véanse al respecto TOCQUEVILLE, A., *El antiguo régimen y la revolución*. 3 ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006; y FURET, F., *Pensar la Revolución Francesa*, Petrel, Barcelona, 1980.

¹⁰ Aunque para muchos parece ser lo mismo, creemos que se puede ser “igualitario” sin ser necesariamente “anti-estamentario”. La actual Constitución chilena, al tiempo que asegura la igualdad de todos frente a la ley, enfatiza la importancia de los “grupos intermedios de la sociedad” (art. 1º)

Antiguo Régimen provocó en los revolucionarios franceses una confusión entre la crítica de los privilegios y el rechazo de todos los cuerpos intermedios¹¹.

De esta manera, la Revolución elimina la compleja sociedad estamental —como dice GROSSI, fragmentada en muchas formaciones comunitarias particulares— y deja frente a frente a los ciudadanos y el estado. La sociedad pasa a convertirse en una estructura simple y compacta, "rigurosa e inescindiblemente unitaria" en virtud de lo que este autor denomina "la hoz de la igualdad"¹². MERRYMAN, por su parte, señala cómo, junto con abolirse o recortarse las obligaciones y relaciones sociales feudales y religiosas, el estado intervino en la regulación de las relaciones familiares, se abolieron las autonomías y se privó de poder regulador a gremios y corporaciones: "[e]l universo legal, antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el estado monolítico"¹³.

Lo anterior no podía sino profundizar la desprotección del individuo frente al poder político, y la concentración del poder en manos del estado. La disolución de la compleja sociedad medieval implicó también la desaparición de todas aquellas entidades civiles intermedias, de origen no estatal, que hasta el fin del periodo medieval daban cobijo y socorro a los ciudadanos en estado de necesidad. Como afirma Álvaro D'ORS:

"El liberalismo, enarbolando la bandera de la libertad individual contra las ataduras tradicionales de la sociedad, fue disolviendo todos aquellos grupos sociales naturales que, de un modo u otro, agrupan orgánicamente a las personas, y dejó así, frente a frente [...] al individuo desarmado contra el poder creciente y absorbente del estado [...]. Desaparecidas, en cambio, aquellas trabas [...], el estado derivó hacia el totalitarismo, y sujetó con la garra de su planificación técnica la masa servil de hombres que habían canjeado la libertad concreta, garantizada por un sistema de grupos naturales, por la libertad teórica del liberalismo. Esto es algo en lo que nunca se insistirá con exceso: que el liberalismo ha producido el totalitarismo estatal de la manera más consecuente"¹⁴.

4. El estado social, como fruto del liberalismo

En consecuencia, el surgimiento del estado social tiene una relación mucho más directa con el liberalismo del siglo XVIII de lo que parece a simple vista, al dejar al individuo aislado, frente a frente con el estado. En consecuencia, no se trata sólo de que el abuso del liberalismo capitalista del siglo XIX haya originado la necesidad de un

¹¹ GARAPON, A. y PAPADOPOULOS, I., *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Bogotá, 2006.

¹² GROSSI, *op. cit.*

¹³ MERRYMAN, J. H., *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1995

¹⁴ D'ORS, A., "La libertad". *Ensayos de teoría política*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979

constitucionalismo social que equilibrara al constitucionalismo clásico¹⁵. Es el propio liberalismo de los siglos XVIII y XIX el que siembra los elementos necesarios para que, en el futuro, sea el estado —y sólo el estado— quien se preocupe de la subsistencia material de sus súbditos.

En ese sentido, ROSANVALLON llega a sugerir que no es el capitalismo, con sus contradicciones y la lucha de clases que le acompaña, el que da la clave del estado providencia, sino la propia evolución del estado-nación moderno que, de asegurar la vida y propiedad de las personas —de acuerdo a la formulación clásica de LOCKE y HOBBS—, pasa a asegurar la propia existencia de sus súbditos, gracias a la influencia del movimiento democrático e igualitario. El autor concluye que "[s]in duda, ambas formas de organización [el "estado protector o gendarme" y el "estado benefactor"] se apoyan en las mismas instituciones: pero ello se debe a que se fundamentan en una misma concepción del individuo y de sus relaciones con el estado"¹⁶.

En el mismo sentido, BÖCKENFÖRDE describe al Estado de derecho formal que imperó en Alemania hasta el final de la República de Weimar como un estado "burgués", que confirma la distribución de bienes en vez de transformarla, que abre camino a los fines de lucro, y también —como consecuencia de la supresión de los antiguos vínculos feudal-estamentales y corporativos—, a la desigualdad social de los individuos¹⁷.

5. El estado, como único ente obligado a la protección social de los individuos

A nuestro juicio, es esto lo que explica que en una mayoría de los pensadores políticos¹⁸ y jurídicos de nuestra cultura jurídica, se suponga que es el Estado —y sólo el estado— quien debe hacerse cargo de las necesidades materiales de sus súbditos. Mientras el constitucionalismo anglosajón parece ignorar —en tanto encargo de rango

¹⁵ En este sentido, MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997; y LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1986

¹⁶ ROSANVALLON, P., *La crisis del Estado Providencia*, Civitas, Madrid 1995. El autor menciona, respecto de Francia, los informes del Comité de Mendicidad de la Convención Constituyente, establecido por LA ROCHEFOUCAULD LIANCOURT en 1790, que preconizaban un programa destinado a multiplicar la masa de propietarios —por medio del trabajo y sobre todo de la venta de propiedades nacionales— y, a la vez, poner en marcha mecanismos de asistencia pública para indigentes. Menciona también el informe *Barrère* del 11 de mayo de 1794, según el cual, en síntesis, se oponen como incompatibles, por un lado, la acción del estado en materia de economía y beneficencia social y, por otro, la caridad practicada hasta ese momento por la aristocracia.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.

¹⁸ Véase al respecto CURRIE, D. P., "Positive and Negative Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, pp. 867–868, quien recoge las ideas diversos pensadores, como Anatole FRANCE y Thomas Hill GREEN, referidas a la necesidad de un mínimo de asistencia estatal para lograr la libertad real —y no sólo "política"— de las personas. En Chile, destaca al respecto LETELIER, V., "Los Pobres", *Anales de la Universidad de Chile*, p.143, quien también aboga por la intervención del estado en favor de los más débiles, y opone esa acción al liberalismo de la época.

constitucional— las labores del estado frente a los desfavorecidos, la tendencia cultural de nuestra tradición europeo-continental ha entregado al estado la preocupación por sus miembros más débiles.

Desde un punto de vista contemporáneo, una de las expresiones más influyentes de esta visión se encuentra en la teoría de la “procura existencial”, de origen alemán. El concepto de la “procura existencial” fue acuñado por FORSTHOFF en un trabajo publicado en 1938 con el título *Die Verwaltung als Leistungsträger*, relativo a una serie de bienes necesarios para una existencia humana plena. Con él se pretende designar una función estatal esencial en un estado social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente¹⁹.

En términos generales, a partir de esa teoría, se sostiene que la supervivencia de las personas en las sociedades modernas es tarea del estado, como resultado de la pérdida de un “espacio vital dominado”, pre-social, que era lo que antes de nuestras actuales formas de organización política, habría garantizado la subsistencia de las personas. Al no contar con esa fuente de sustento, el individuo depende para su diario vivir de la actividad estatal.

Así por ejemplo, HESSE sostiene que, en las condiciones actuales, la libertad de los ciudadanos no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal, sino que depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el estado de la procura existencial y del aseguramiento social:

“Si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el estado simplemente haya de respetar. La procura por el estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector”²⁰.

ALEXY, por su parte, al construir su razonamiento en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales, señala que:

¹⁹ MAURER, H., *Derecho administrativo alemán*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. De ahí, como explica PEREIRA MENAUT, A.-C., *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2003), se derivan conceptos tales como el mínimo vital o *Dasein*. Para un desarrollo clásico del concepto en la literatura jurídica española, véase GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3 ed., Alianza, Madrid, 1977.

²⁰ HESSE, K., “Significado de los derechos Fundamentales”. *Manual de derecho constitucional*, (Eds.) Benda, Ernst, Maihofer, Werner, Vogel, H. y Hesse Konrad y Heyde, traducido por Antonio López Pina, 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001

“La segunda tesis [que justifica la exigibilidad de los derechos sociales] es: bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un «ámbito vital dominado por ellos», sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”²¹.

De esta manera, una mayor influencia del estado en la colectividad, con ocasión de las cuestiones sociales, ha terminado siendo una característica de los sistemas constitucionales europeo-continental²². Los derechos sociales son piezas fundamentales de esta construcción.

6. El papel de la sociedad y el constitucionalismo social

Pero la reducción del asistencialismo a la acción estatal olvida que la sociedad civil, de forma autónoma y voluntaria, también puede intervenir y contribuir de forma exitosa a la satisfacción y defensa de mínimos materiales de vida. De ahí la importancia del *principio de subsidiariedad*, con el que, de acuerdo a D’ORS, se alude a “la defensa de los grupos menores, de los grupos naturales intermedios entre el individuo, teóricamente defendido por el liberalismo, y el estado, eficazmente encumbrado por el socialismo”²³. En nuestra opinión, ese principio de subsidiariedad es una potente base para fundar y consolidar un sistema en donde la propia sociedad pueda asumir importantes tareas de beneficencia y ayuda social, cubriendo aquellos sectores que el estado no ha considerado o no puede abarcar.

Este supuesto ha sido considerado en la doctrina. GLENDON propone un complemento entre los enfoques del sistema de bienestar norteamericano²⁴ y del sistema europeo, para superar las debilidades de cada uno: en el primero, el descuido por los miembros más débiles de la sociedad, que podría ser asumido a través de una mayor intervención estatal; en el segundo, la sobrecarga fiscal y, a largo plazo, la insostenibilidad presupuestaria del régimen, que podría ser aliviada con una mayor intervención de los privados en materia social²⁵. MONTORO ROMERO, por su parte,

²¹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007

²² DAMAŠKA, M. R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986. El autor se refiere en términos generales al estatismo característico del constitucionalismo europeo. Véase también PEREIRA MENAUT, A.-C., “A constituição como direito. A supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 75, pp. 243-244, 1999

²³ D’ORS, *op. cit.*

²⁴ El sistema norteamericano es, técnicamente hablando, un tipo de sistema de bienestar. Véase HEYWOOD, A., *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. En el mismo sentido, ESPING-ANDERSEN, G., *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J, 1990

²⁵ GLENDON *op. cit.* La OCDE, al medir los esfuerzos económicos por país en materia de asistencia social, considera que, cuando se considera el papel de las prestaciones sociales privadas y el impacto del

critica la expresión “estado de bienestar” pues da a entender que todo el bienestar puede provenir sólo del estado²⁶.

Nosotros no pretendemos defender la excelencia de un determinado sistema de bienestar, sea que otorgue o no una mayor o menor predominancia a la actuación del estado o de la sociedad; cuestión que, por otro lado, entendemos como un asunto que está fuera de un análisis jurídico de esta cuestión. Simplemente queremos destacar que la posibilidad de que la atención de lo social sea cuestión no sólo del estado, si no de la sociedad, también debiera ser considerado por los especialistas de nuestra materia, en el diseño de las doctrinas constitucionales sobre este punto. Esto porque, si bien la consagración de un principio de estado social o derechos sociales prestacionales vinculantes también en su aspecto positivo, no se opone necesariamente a una intensa participación de la sociedad en labores de bienestar, sí puede hacerlo, cuando este principio es entendido por la doctrina o jurisprudencia constitucional como una asignación al estado, de forma exclusiva y excluyente, de la tarea de enfrentar las necesidades sociales de los ciudadanos.

7. El principio de subsidiariedad en la doctrina constitucional chilena²⁷

Es por lo anterior que una de las novedades que aporta la Constitución chilena de 1980 es, por una parte, la consagración del principio de subsidiariedad²⁸ y, por la otra, la inexistencia de un principio de estado social o de derechos sociales vinculantes en su aspecto prestacional. Esto produce que esta Carta fundamental, a diferencia de lo que sucede con otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos y europeos, otorgue un especial papel a la sociedad en la satisfacción de sus propias necesidades. Se contemplan derechos sociales como la salud, la educación y la seguridad social, pero lo que se protege por el recurso de amparo constitucional –denominado en Chile “recurso de protección”²⁹— es la participación de privados en la prestación de los servicios respectivos, así como los aspectos negativos usualmente asociados a dichos derechos.

sistema tributario, los niveles de gasto social se vuelven similares en todos los países de la OCDE, y mientras que Francia sigue siendo el país de mayor gasto social estatal, los Estados Unidos se mueve en la clasificación a la segunda posición”. Véase el documento de 2014: “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels. Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX)”, Noviembre de 2014. Disponible en Internet: <http://www.oecd.org/social/expenditure.htm>. Fecha de consulta: 24 de septiembre de 2016.

²⁶ MONTORO ROMERO, R., “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, *REIS*, 79, p.11, 1997

²⁷ Dada la extensión de este estudio, no nos referiremos a la jurisprudencia del Tribunal constitucional chileno que reconoce este principio. Las principales sentencias al respecto son los roles 226-1995 y 352-2002.

²⁸ Art. 1º, inciso 3º de la Constitución chilena.

²⁹ Artículo 20 de la Constitución chilena.

Siguiendo las explicaciones de uno de los autores intelectuales de la Constitución de 1980³⁰, esto se debe a la intención de establecer una marcada distinción entre Estado y sociedad, por una parte, y por otra, el intento de defender la independencia de ésta frente al poder político:

“La sociedad es, en efecto, el elemento humano del Estado en toda la riqueza del fenómeno sociológico cuya realidad presupone la organización de aquel. [...] En otras palabras, el fenómeno sociológico que se expresa en la sociedad civil sigue teniendo muchas otras manifestaciones diversas de la concepción del bien colectivo, las que abarcan infinidad de comportamientos y procesos que quedan al margen de la esfera del Estado”³¹.

Cabe entonces analizar qué entendió el constituyente chileno de 1980 por “principio de subsidiariedad”³². En síntesis, este principio implica, alternativamente, en un sentido, que el Estado no debe tomar a su cargo lo que pueden en buenas condiciones realizar las personas y los entes colectivos; y, a la inversa, la obligación del Estado de proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, en cuanto los particulares no estén en posibilidad de lograrla³³.

Pieza fundamental de este diseño constitucional es la idea de “cuerpos o grupos intermedios”, que intenta introducirse en la polaridad estado-individuos que usualmente domina la discusión ideológica usual en este tipo de materias. Dice SILVA BASCUÑÁN que

“[a]lejándose [...] de la visión del racionalismo liberal en toda su abstracción, la Constitución comprende acertadamente que la sociedad en la cual el Estado se asienta, se estructura y se mueve, se integra no sólo por una pluralidad de individuos, sino por 1) personas, 2) familias y 3) cuerpos intermedios. Consideramos que la clara diferenciación entre la sociedad y el Estado, de la que la Carta de 1980 está penetrada, envuelve el rechazo de los diversos totalitarismos y de todas las ideologías transpersonalistas que los generan y sostienen, y hace conjuntamente posible distinguir con claridad a su vez al Estado y a la sociedad civil, por una parte, y, por otra, a la clase política, las élites, la idiosincrasia, la vocación, la preparación para la política, las fuerzas

³⁰ Se suele considerar como los redactores de la Constitución al grupo de juristas que integraron la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” o más comúnmente, “Comisión Ortúzar”, que se estableció oficialmente en noviembre del año 1973 y que redactó el primer borrador de la Constitución. Sin embargo, antes de su aprobación definitiva, el trabajo de estos académicos pasó posteriormente por los filtros del Consejo de Estado, entidad de carácter más político y, finalmente, de la propia Junta militar de Gobierno, que gobernó al país hasta la vuelta de la democracia.

³¹ SILVA BASCUÑÁN, A. y SILVA GALLINATO, M.P., Tratado de derecho constitucional, Tomo IV: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997

³² Los juristas que asesoraron al régimen militar en esta materia se decantaron claramente por una visión católica de este principio, de acuerdo a las formulaciones del magisterio pontificio de Pío XII y otros Papas. Para un desarrollo del principio de subsidiariedad desde esta perspectiva, en las consecuencias relativas a la acción del Estado sobre la sociedad civil, véase: SOTO KLOSS, E., “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad”, *Revista de Derecho Público*, 39/40, pp. 40 y ss., 1986

³³ SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO, *op. cit.*

que quieren influir en la dirección, el sistema político, en fin, al cuerpo llamado a ser el puente capaz de lograr que el Estado proyecte y traslade su acción sobre los componentes de la sociedad civil, porque son los derechos de éstos los que alcanzan primacía sobre el Estado y a ellos éste está llamado a servir”³⁴.

Por su parte, SAN FRANCISCO REYES señala, en cuanto a las consecuencias del principio de subsidiariedad, que

“1. Las personas y comunidades deben gozar de autonomía necesaria para poder realizar por si misma los fines que le son propios y las actividades de que son capaces.

2. Las comunidades superiores deben ayudar a la iniciativa particular de cuantos se desenvuelven bajo su autoridad, sin destruirlos ni absolverlos.

3. Las sociedades superiores deben suplir las deficiencias de las personas y de las comunidades menores, en cuanto su capacidad resulte insuficiente para promover el bien común y mientras perdure tal situación. Y para que este principio funcione correctamente son necesarias dos condiciones que deben concurrir copulativamente: Primera, que la iniciativa ciudadana tenga sentido social. Con esto quiero afirmar que los particulares deben estar conscientes de su responsabilidad social y deben obrar en consecuencia. Segunda, que el Estado no limite su acción con perjuicio de los mis débiles y garantice las iniciativas individuales”³⁵.

Sin embargo, los requisitos para que sea el Estado, y no las organizaciones de la sociedad, el que intervenga en determinada actividad son muy exigentes pues, como dice FERNANDOIS, “debe tenerse presente en todo momento que la intervención estatal en actividades propias de las sociedades intermedias es de suyo excepcional, temporal, y revela una falla en la estructura social que debe en definitiva repararse”. En particular, debe tratarse de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general. Además, el Estado debe haber agotado lealmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, “porque lo contrario revela un vacío y una falla de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana”.

Producida la intervención estatal, nacen dos obligaciones esenciales que deben cumplirse:

“i. El Estado debe desempeñar las tareas subsidiarias estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible. Luego, la acción estatal subsidiaria deberá ejercerse de la manera más descentralizada posible.

³⁴ SILVA BASCUÑÁN y SILVA GALLINATO, *op. cit.*

³⁵ SAN FRANCISCO REYES, A., “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, 19, 3, p. 533

- ii. El Estado debe retirarse y cesar su intervención el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general”³⁶.

En conclusión, FERMANDOIS estima que el principio de subsidiariedad no garantiza ni la presencia estatal ni la privada; sólo opta por un título preferente para los particulares en las actividades de la sociedad que no sean indelegables e intrínsecamente estatales, pertenecientes a él en cuanto tal (RR.EE., Defensa, etc.). En este sentido, el Estado puede ampliarse y el particular retraerse cada vez que se estime que éstos no están cumpliendo adecuadamente con el fin que se propusieron y este objetivo, política o tareas sea relevante para el bien común, y viceversa³⁷.

8. El principio de subsidiariedad en la constitución de 1980

Lo expuesto reviste una gran importancia para nuestra materia. Bajo el esquema impuesto por la Carta fundamental chilena de 1980, como anunciamos antes, las garantías constitucionales no buscan tanto afirmar la acción del estado en materia de derechos sociales —aunque tampoco la impiden—, sino más bien asegurar la presencia y actividad complementaria de los particulares en cuestiones relativas a educación, salud y seguridad social. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad, Jaime GUZMÁN, sostenía que

“Lejos de considerar que el estado se menoscaba por disminuir su tamaño o su actividad, como consecuencia de crecer la iniciativa particular en todos los ámbitos que le están potencialmente abiertos, quienes postulamos el principio de subsidiariedad creemos que tal realidad beneficia al país, y también favorece un estado más eficiente en sus trascendentales tareas propias e indelegables [...]. Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria. Aun cuando nuestra actual o futura realidad social exija que, por algún tiempo breve o largo, el estado asuma la mayor parte de las prestaciones educacionales o de salud, ello no implica que esta acción pierda su rasgo subsidiario mientras se circunscriba a lo que el país necesita y los particulares no están en condiciones de abordar; o sea, a su extensión legítima [...]. En síntesis, el estado subsidiario [...] [b]usca y anhela las condiciones que posibiliten esa reducción [del estado] como uno de sus objetivos más preciados, por representar la contrapartida de incentivar una mayor vitalidad creadora y participativa del cuerpo social”³⁸.

³⁶ FERMANDOIS VÖHRINGER, A., *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2001

³⁷ FERMANDOIS VÖHRINGER, A., “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta, evolución constitucional*, (Ed.) José Francisco García García, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014

³⁸ Senado de la República de Chile (1990, Intervención del Senador Jaime GUZMÁN, p. 15). *Cursivas nuestras*.

Por su parte, BERTELSEN advierte, como tendencia de fondo de la Constitución de 1980, la existencia de una orientación doctrinal común, expresada en diversos documentos que sirvieron de antecedente a esta Carta. En virtud de dicha orientación doctrinal, al estado corresponde un papel subsidiario —lo que se traduce en un reconocimiento amplio de los derechos y libertades fundamentales—, de modo que cada persona pueda decidir su vida, y en una participación del sector privado en las prestaciones destinadas a hacer efectivos los derechos sociales³⁹.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad no tiene en la Constitución de 1980 una articulación constitucional expresa y se sostiene en la regla de reconocimiento de los grupos intermedios y del deber de amparo estatal de su adecuada autonomía, que está definido por la Constitución en el art. 1 inc. 3º, antes referido⁴⁰. FERNANDOIS señala que el constituyente complementó ese precepto con “diversas garantías individuales concretas, operativas, reclamables del Estado y de toda persona institución o grupo, mediante acciones constitucionales”⁴¹.

Entre ellas, se encuentran el artículo 19 N° 15, que asegura a todas las personas “el derecho de asociarse sin permiso previo”; el artículo 19 N° 11, que otorga a las personas “la libertad de enseñanza”, y que “incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”; el numeral 12, inciso 5º, del mismo artículo, que declara que “[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley”. También debemos considerar el art. 19 n° 21, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, garantía que por su naturaleza envuelve permiso a la persona para asociarse en empresas, microempresas o establecimientos comerciales; y el 19 N° 5º, que reconoce el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. En su inciso final, esta norma permite a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas constituirse como tales, con los derechos que les reconocen las leyes actualmente en vigor. Finalmente, en carácter limitativo, el artículo 23º de la Ley Fundamental complementa la expresión “adecuada autonomía” del artículo primero inciso tercero, imponiendo las sanciones que la ley determine a “los grupos intermedios de la comunidad y sus dirigentes que hagan mal uso de la autonomía que la Constitución les reconoce (adecuada), interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos⁴².

³⁹ BERTELSEN REPETTO, R., “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 14, 1, p. 59

⁴⁰ GARCÍA PINO, G. y CONTRERAS VÁSQUEZ, P., *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2014

⁴¹ FERNANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico* (op. cit.)

⁴² FERNANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico* (op. cit.). El autor atribuye esta norma a la intención de los autores de la Constitución de separar los planos político y gremial, acotando la actuación de los partidos políticos.

En materia de derechos sociales prestacionales, el principio de subsidiariedad se completa con aquellas normas constitucionales que se refieren a los principales derechos sociales prestacionales (art. 19 n° 9, seguridad social; art. 19 n° 18; y educación, art. 19 n° 11), y que en general otorgan protección sólo a sus aspectos negativos. Nos referimos fundamentalmente a los artículos 19 n° 9, inciso final, referido al derecho a la salud (“[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”)⁴³; y 19 n° 11, sobre libertad de enseñanza⁴⁴. El derecho a la seguridad social, en toda su configuración (art. 19 n° 18), carece de la protección de esta acción constitucional⁴⁵.

En otras palabras, en su texto actual, puede concluirse que la Constitución de 1980 no otorga al estado, en exclusiva, el cumplimiento de los derechos sociales. Esto es coherente con la incidencia del principio de subsidiariedad y el entendimiento del papel que corresponde a la propia sociedad en el cumplimiento de las metas que libremente se imponga.

Por tanto, constituye un error el reducir el alcance del principio de subsidiariedad sólo a la defensa de la actividad privada de carácter lucrativo realizada a su amparo⁴⁶; o, por el contrario, el invertir su significado para estimular la ocupación de lo social por el aparato público. El principio de subsidiariedad no debe ser visto como un arma arrojadiza y partisana a favor o en contra, sea del libre-mercado, sea del estatismo. Su sentido más profundo es, por el contrario, defender a la sociedad de estos extremos y permitirle atender a sus propias necesidades de manera libre y responsable.

9. Conclusiones

El principio de subsidiariedad es un recordatorio de que la sociedad civil posee las capacidades necesarias para atender una parte importante de sus propias necesidades materiales. Este principio no se opone necesariamente a la existencia de un constitucionalismo social, en el que existan áreas de lo social que sean asumidas por el estado. A lo que se opone el principio de subsidiariedad es a una absorción permanente

⁴³ En Chile coexisten servicios públicos de salud y empresas privadas que otorgan seguros de salud, y la elección entre ambos sistemas es excluyente: el beneficiario solo puede atenderse en el sistema en el que escoja cotizar, sea este público o privado.

⁴⁴ Destacan en esta norma los incisos segundo y cuarto: “[l]a libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”; y “[l]os padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, respectivamente.

⁴⁵ De esta norma, cabe destacar los incisos que disponen que “[l]a acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias” (inciso segundo); y que “[e]l Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social” (inciso final). En Chile el sistema de seguridad social, salvo excepciones puntuales, se encuentra administrado por empresas privadas conocidas como AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones) cuya labor es rentabilizar las cotizaciones sociales de los afiliados.

⁴⁶ En este sentido, SAN FRANCISCO REYES, *op. cit.*, pp. 537–538

y omnicomprendensiva de dichas tareas por el poder público, que es como el principio de estado social es usualmente entendido en parte de la doctrina comparada. Desde este punto de vista, el principio de subsidiariedad en la Constitución chilena, es un ejemplo de cómo una Constitución puede lograr el ideal de lo justo social confiando en que la propia sociedad también es capaz de atender sus propias necesidades en esta materia. A la inversa, el principio de estado social, o el entendimiento de los derechos sociales prestacionales como derechos directamente vinculantes, en teoría no impiden la acción de la sociedad en materia de derechos sociales. Pero la acción autónoma y libre de la sociedad en esta materia sí podría ser incompatible con un estado social que absorbe de forma excluyente, en sí mismo, la atención de los problemas de la desigualdad y pobreza y que relega la actuación de la sociedad a supuestos excepcionales y limitados.

Bibliografía

- ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 14, 1, pp. 49–62, 1987. Disponible en línea en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649593.pdf>,
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000
- CASPER, Gerhard (1989): “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, *The Supreme Court Review*, pp. 311–332, 1989
- CURRIE, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, *The University of Chicago Law Review*, 53, 3, pp. 864–890, 1986, DOI: 10.2307/1599586.
- DAMAŠKA, Mirjan R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, 1986
- D'ORS, Álvaro, “La libertad”. *Ensayos de teoría política*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, N.J, 1990
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico: Tomo I. Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia*, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, 2001
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, “El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta, evolución constitucional*, (Ed.) José Francisco García García, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 213–242, 2014

- FURET, François, *Pensar la Revolución Francesa*, Petrel, Barcelona, 1980.
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis, Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law, Legis, Bogotá, 2006.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2014
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 3 ed., Alianza, Madrid, 1977
- GLENDON, Mary Ann, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, *The University of Chicago Law Review*, 59, págs. 519–538, 1992
- GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*. Traducción castellana de Luigi Giuliani, Crítica, Barcelona, 2008
- HESSE, Konrad, “Significado de los derechos Fundamentales”. *Manual de derecho constitucional*, (Eds.) Benda, Ernst, Maihofer, Werner, Vogel, H. y Hesse Konrad y Heyde, traducido por Antonio López Pina, 2da. Edición, Marcial Pons, Madrid, 2001
- HEYWOOD, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- LETELIER, Valentín, “Los Pobres”, *Anales de la Universidad de Chile*, pp. 137–144, 1896, DOI: 10.5354/0717-8883.1957.18979.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Ariel, Barcelona, 1986
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012
- MERRYMAN, John. H., *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 1995
- MONTORO ROMERO, Ricardo, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, *REIS*, 79, pp. 9–41, 1997
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, “A constituição como direito. A supremacia das normas constitucionais em Espanha e nos EUA”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 75, pp. 219–277, 1999
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2003
- ROSANVALLON, Pierre, *La crisis del Estado Providencia*, Civitas, Madrid, 1995
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, *Revista Chilena de Derecho*, 19, 3, pp. 527–548, 1992

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía, Tratado de derecho constitucional, Tomo IV: La constitución de 1980. Bases de la institucionalidad, nacionalidad y ciudadanía, justicia electoral, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997

SOTO KLOSS, Eduardo, “Consideraciones sobre los fundamentos del principio de subsidiaridad”, *Revista de Derecho Público*, 39/40, pp. 33–49, 1986, DOI: 10.5354/0719-5249.1986.43680.

STOLLEIS, Michael, Origins of the German welfare state. Social policy in Germany to 1945, Springer, Berlin, New York, 2013.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo régimen y la revolución*. 3 ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006

LIBERDADE COMO DESENVOLVIMENTO E A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE PELO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

FREEDOM AS DEVELOPMENT AND THE REDUCTION OF INEQUALITY BY THE PRINCIPLE OF TAX ISONOMY

Robson Ochiai Padilha¹

*Se todos os homens recebessem
exatamente o que merecem,
ia sobrar muito dinheiro no mundo.*

Millôr Fernandes.

Sumário: 1. Introdução. A igualdade e a liberdade nos primórdios da modernidade; 2. Globalização, crescimento da desigualdade e pobreza; 3. Redução das desigualdades como objetivo da república federativa do Brasil; a) O desenvolvimento ecosocioeconômico da Constituição Federal de 1988; b) Desenvolvimento como liberdade de Sen; 4. O estado fiscal em favor do desenvolvimento; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. Introdução. A igualdade e a liberdade nos primórdios da modernidade

Os direitos do homem concebidos por jusnaturalistas como forma também de se opor aos Estados monárquicos absolutistas defendiam que todos os indivíduos têm por natureza e, portanto, independentemente de sua vontade, direitos essenciais como à vida, à liberdade e à igualdade.

Na declaração de independência dos Estados Unidos da América, de 1776, percebe-se claramente essa influência da doutrina jusnaturalista: “... todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados.”

A legitimidade de direitos naturais precede à vontade humana segundo sua própria doutrina. De todo modo foi reduzida em declarações também para assegurar o momento de ruptura com a monarquia, como se identifica na declaração de direitos do homem e do cidadão firmada em 1789 pelos revolucionários franceses: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos

¹ Advogado brasileiro, professor de pós-graduação em direito tributário na Academia Brasileira de Direito Constitucional, especialista em direito civil, especialista em direito socioambiental, mestre em direito empresarial, consultor jurídico do SEBRAE e da Federação das Indústrias do Paraná.

naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.”

Interessante notar que o jusnaturalismo nesse momento histórico de progressiva liberdade aos governados, ao menos em aspectos formais - de servos à homens iguais, foi utilizado como pressuposto “filosófico” do liberalismo para limitar o poder do soberano.

Essa perspectiva permitiu a criação do Estado liberal, com os seus mecanismos constitucionais de limitação, que mais tarde passam a ser compreendidos como Estado de direito. É claro que essa descrição histórica não é linear e nem tão pouco equânime em todos os países, mas aqui intencionalmente simplificada para registrar o breve esboço do liberalismo.

Os termos “liberdade” e “poder” podem denotar realidades opostas na percepção atual, visto que o aumento do poder estatal poderia resultar em diminuição da liberdade do indivíduo. Porém, para o pensamento liberal, a teoria de controle de poder e a teoria de limitação das tarefas do Estado, procedem no mesmo sentido tornando-as interdependentes. Para Norberto Bobbio a liberdade é *conditio sine qua non* do poder e tanto mais fácil quanto mais restrito é o âmbito em que o Estado pode estender a própria intervenção. Na perspectiva do cidadão a existência do Estado liberal é um mal necessário e dada essa noção negativa, a intervenção no que tange aos direitos individuais deve ocorrer no mínimo possível.²

Nessa linha de entendimento o processo de formação do Estado liberal passa ser compreendido como um progressivo aumento da esfera de liberdade dos indivíduos frente ao poder do Estado. Entretanto, como visto esse movimento epistemológico, ocorrido entre os séculos XVII e XVIII, estava centrado no postulado da igualdade jusnaturalista, e como a condição socioeconômica da maioria se manteve quase inalterada, com a exceção da burguesia - pobres continuaram pobres – esse ideal igualitário se mostrou vazio.

Nas palavras de Celso Lafer:

De fato, a asserção de que a igualdade é algo inerente à condição humana é mais do que uma abstração destituída de realidade. É uma ilusão facilmente verificável numa situação-limite como a dos refugiados ou dos internados em campos de concentração. Estes se deram conta de que a única dimensão que lhes sobrava era o fato de serem humanos.³

² NORBERTO, Bobbio. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 21.

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988, p. 209.

Segundo Ingo Sarlet, a positivação do direito de igualdade também como direito fundamental nas primeiras Constituições realmente foi importante, mas o seu maior propósito foi garantir os privilégios a certas pessoas da sociedade.⁴

Se de um lado o postulado da liberdade floresceu juntamente com o capitalismo, de outro, a igualdade - na perspectiva mais substancial - ainda sofre de nanismo. Essa disparidade no plano jurídico e também econômico, em parte se explica, porque a noção de igualdade hoje depende de reconhecimento do Estado, essa condição quase que estamental é preocupante devido à instabilidade mundial.

Em pleno século XXI ainda existem regimes totalitários e discursos políticos na mesma linha. Também eclodem guerras e muitos indivíduos são apátridas e refugiados, as diferenças crescem. Apesar de toda vulnerabilidade do direito à igualdade - repise-se na medida em que este depende de um Estado de direito para reconhecê-lo, torná-lo efetivo a todos é essencial na busca constante pela melhoria da condição humana. É verdade que os ideais jusnaturalistas não encontram muitos adeptos, mas o direito de igualdade pode ser construído segundo outras bases; políticas, socioeconômicas e jurídicas.

Sob diferentes perspectivas o direito de igualdade deve ganhar força. John Hawls defende que as desigualdades (capacidades físicas, culturais e patrimoniais) são naturais e admissíveis, mas cabe ao Estado reconhecê-las para então conceber aos indivíduos menos capazes reais oportunidade para que cada um reverta sua preterida condição socioeconômica ou até mesmo intelectual - estabelecendo uma disputa justa. Cuida-se de igualdade de oportunidade, cumprindo ao Estado o papel de prestar condições de igualdade aos menos favorecidos o que significa auxiliá-los de forma mais efetiva. As desigualdades que devem ser reparadas são as imerecidas decorrentes de nascimento ou dotes naturais. Na aplicação desse conceito os investimentos em educação devem ser mais expressivos para os menos sábios, ainda que temporário, como por exemplo, nos primeiros anos de escola ao invés da graduação⁵.

Se objetiva que uma sociedade adote atitudes para preservar o nível geral de capacidades naturais e impedir a difusão de grandes diferenças socioeconômicas. Segundo Hawls para que se tenha uma justa distribuição da riqueza é preciso realizar exercício de empatia com um indivíduo que está sob o "véu da ignorância", ou seja, que desconhece qual será sua condição de vida futura (etnia, saúde, condição econômica e país de nascimento) com o propósito de alcançar a "posição original"; estado psíquico que remete à autoanálise sobre quais os princípios serão válidos para distribuição justa dos benefícios atuais. Nessa linha de incerteza quanto a privilégios e diante do risco de

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 41.

⁵ HAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 107-115.

sofrer problemas das minorias, o indivíduo na posição original naturalmente iria adotar critério mais igualitário.

A proposta de Hawls compreende a má distribuição de renda como principal obstáculo ao direito de igualdade, cumprindo aos Estados papel determinante de alteração desse quadro. Por esse viés, não há liberdade plena, pois cada indivíduo por meio do Estado se solidariza em busca do ideal de igualdade. Mesmo aqueles que obtiveram sucesso pela meritocracia tornar-se-iam responsáveis pelos menos capazes, sem dúvida algo bastante controverso, mas que precisa ser no mínimo analisado em vista da crescente desigualdade.

2. Globalização, crescimento da desigualdade e pobreza

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, no relatório de 2009⁶ apontou progresso em muitas áreas do conhecimento nos últimos 25 anos, curas para doenças, facilidades tecnológicas e melhora na educação. Entretanto a desigualdade no bem-estar das pessoas continua a ser inaceitavelmente elevada, e isso predomina nos 182 países pesquisados.

Some-se ainda que a economia mundial sofreu um grande recuo a partir da crise bancária de 2008, com perda estimada de U\$ 3 trilhões, gerando uma onda de desemprego e recessão – ainda percebida no Brasil. Mas, ao invés de unir a humanidade diante do cenário recessivo, tem-se notícia de que o número de bilionários dobrou, igual proporção se observa o aumento da pobreza. O patrimônio das cem pessoas mais ricas equivale a da metade da humanidade mais pobre.⁷ Essa informação serve apenas para demonstrar que a desigualdade socioeconômica aumentou no mundo e, no Brasil esse fenômeno não é diferente.

Pode-se dizer que essa concentração é legal, aceitável no capitalismo e até justificável sob a ótica da meritocracia pura. Com efeito, se as pessoas são obrigadas a vender um imóvel por exemplo pela metade do valor de mercado e outra o compra apenas para investir não haveria mal algum, da mesma forma que ocorre no mercado de ações.

Porém, o aumento da pobreza traz efeitos nefastos à sociedade, e historicamente impulsionou grandes guerras mundiais, e por esse motivo deve ser superada a visão individualista do problema; a pobreza é um problema de todos. Além disso, um indivíduo rico em uma sociedade extremamente pobre terá dificuldade de acessar bons serviços públicos e privados, tais como: saúde, educação e segurança, o que reduz direito à

⁶Relatório PNUD disponível no endereço:
<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-2009.html>

⁷Informações obtidas no endereço eletrônico, acessado no dia 13/04/17:
<https://www.forbes.com/billionaires/list/3/#version:static>

felicidade, assim, todos os indivíduos estão conectados ao problema socioeconômico, e não apenas o Estado.

Thomas Piketty em seu estudo comparado constatou que o decrescimento econômico em diversos países nas últimas décadas reduziu o ganho médio do trabalhador, enquanto que o capital investido permitiu ganhos superiores. Por uma fórmula bastante clara o autor demonstra a relação entre o trabalho e o capital, para alertar que este último assume prevalência nas últimas décadas, e isso faz soar um alarme. O detentor do capital ao investir em rendimentos ou negócios especulativos obterá mais lucro do que a atividade laboral.⁸ Essa conclusão desestimula a criação de novos postos de trabalho, sobretudo nos países de ambiente adverso para empreender.

Os efeitos negativos dessa prevalência do capital sobre o trabalho ainda estão sendo analisados por pesquisadores de todo o mundo. O Brasil possui altas taxas de juros fixadas historicamente pelo Banco Central, e essa orientação econômica ao mesmo tempo em que visa fortalecer a moeda nacional e atrair investimentos estrangeiros, fomenta, a prevalência do capital sobre o trabalho.

O superávit financeiro (balanço positivo na entrada e saída de capitais no país) é um dado importante, mas esse tipo de política econômica que atrai investidores especulativos, isto é interessados na rentabilidade da taxa de juros brasileira, uma das mais altas do mundo – deve ser conjugada com a criação de novos postos de trabalho, sobretudo advindos do setor produtivo.

O investimento do capital no mercado financeiro como apontado por Pikety tem o efeito de concentrar a renda. A criação de postos de trabalho é um tema altamente relevante, índices de desemprego são medidos por diversos países, e, não há meio mais digno e eficiente de distribuição de riqueza. Mesmo quando o Estado realiza a distribuição renda por meio de programas sociais, há significativo custo da máquina administrativa, e isso sem dúvida impacta na prestação de serviços públicos, que no Brasil são em geral pouco eficientes.

O trabalho confere liberdade e autonomia em relação ao poder de escolha, e quando é bem remunerado e protegido pela legislação em espécie, torna-se efetiva ferramenta contra a pobreza e a desigualdade econômica. A discussão envolvendo o capital e o trabalho no século XXI inter-relaciona aspectos econômicos, legais e políticos e por isso a abordagem científica mais indicada leva em conta a interdisciplinaridade e a teria da complexidade.

A teoria da complexidade introduzida no Brasil por André Folloni representa um paradigma epistemológico científico, pois compreende o problema ora apresentado – de relações econômicas, sociais e jurídicas, sob uma perspectiva ampliada e inovadora, quando propõe superação à clássica distinção entre causalidade e finalidade.

⁸PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 211-230.

O termo complexidade não significa algo complicado ou de difícil solução, pois designa os saberes ignorados sobretudo pela ciência jurídica, que comumente reduz o objeto de pesquisa, individualizando-o em unidades as partes de um todo. Para tornar mais clara a explicação, perceba-se que o problema que envolve o sistema digestivo deve ser analisado segundo sua complexidade, isto é, funcionamento do estômago, do esôfago, da mastigação, etc., relacionando-os entre si de forma sistemática e não apenas individual.⁹

Folloni na contramão de muitos juristas, diante da complexidade do sistema jurídico, propõe superar o reducionismo adotando-se método científico que abarca outros saberes conectados ao Direito, para investigar efeitos e ampliar os horizontes críticos por meio de outras ciências relacionadas diretamente ou não.

E, como fora adotada essa metodologia para abordar o tema, traz-se referenciais não apenas jurídicos para o presente trabalho, sendo observado o funcionamento desses sistemas complexos que une diferentes saberes. Nessa linha, entende-se que os estudos econômicos de Piketty sobre a divisão do trabalho e o capital explica em grande parte o maior número de pobres. Também, na mesma linha, a pobreza global e as diferenças socioeconômicas em grande parte se conectam com a crise ambiental, a qual sem dúvida identifica padrões de consumo global desigual entre pessoas e países.

Apenas como indicativo da desigualdade, os Estados Unidos da América consomem grande parte dos recursos ambientais do planeta e esse padrão é propagado pelo mundo – “modelo de desenvolvimento”, como se isso fosse possível imitá-lo. Pela lógica econômica quem pode pagar se subroga no direito de se apropriar, mesmo quando há escassez de recursos vitais. A maioria dos bens ambientais ou fonte de energia utilizados hoje são finitos ou de difícil renovação, sendo materialmente impossível reproduzir os níveis de consumo do país norte americano. Alain Touraine, ao criticar a expansão do consumismo, também acrescenta: “é impossível reduzir o consumo ao interesse e ao status social, porque ele é invadido tanto pela sedução, pelo recôndito tribal e pelo narcisismo, como por facetas que não se deixam reduzir à imagem de uma sociedade piramidal de produção.”¹⁰

Para demonstrar a situação de desigualdade global, tome-se por exemplo o uso da água. Enquanto ricos utilizam em média cerca de 100 litros de água potável por dia pobres consomem o mínimo existencial de 2 litros. A crise hídrica é anunciada pela ONU como o maior desafio mundial, pois atualmente 31 países no mundo enfrentam grave escassez. Mais de um bilhão de pessoas não têm nenhum acesso à água limpa para beber e quase três bilhões não têm nenhum acesso a serviços de saneamento público. Até o ano de 2025 o mundo terá 2,6 bilhões de pessoas a mais que hoje, porém dois terços dessas

⁹ FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 34.

¹⁰ TOURAINE, Alan. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 152.

peças viverão em condições de séria escassez de água e um terço enfrentará escassez absoluta. A demanda por água excederá a disponibilidade em 56%.¹¹

Mesmo diante de tal previsão ambiental apocalíptica poucas medidas de prevenção e redução foram adotadas, prevalecendo ainda no mundo a ideia de desenvolvimento social atrelado ao modelo econômico desenvolvimentista, no qual prevalece a força do dinheiro em detrimento da dignidade humana.

Ainda, apenas para validar essa afirmação, na questão hídrica muitas empresas estão adquirindo direitos de explorar grandes reservas hídricas. Conforme relata Vandana Shiva a *Générale des Eaux* e a *Suez Lyonnaise des Eaux* possuem reservas de milhões de litros de água, que é exportada para mais de 120 países. A multinacional Monsanto também investe grandes somas de dinheiro para concorrer no mercado da água, pois as análises do Banco Mundial indicam que os recursos hídricos serão mais disputados que o petróleo.¹² Pois bem, a água é vista como capital, e não propriamente como recurso necessário à vida.

A globalização permite que produtores e investidores se unam cada vez mais, como se a economia mundial fosse um mercado comum, de modo a permitir o livre fluxo de capitais. Além disso, com os avanços tecnológicos e a difusão dos meios de comunicação tornaram mais evidente o poder de propagação mundial da razão economicista, marcas globais se consolidam e ditam padrões de consumo. Ignacy Sachs analisa o atual pensamento econômico como dominante - universalmente válido, o que lhe confere na realidade um caráter a-histórico e utópico:

Na prática, tal atitude nada mais é senão uma tentativa de negar a existência de um campo próprio para as teorias do desenvolvimento sustentável, contra tudo e contra todos, que a transposição mimética das experiências dos países industrializados para o resto do mundo constitui a via acertada que leva ao desenvolvimento.¹³

Como parte da construção do discurso crítico, surge a defesa do desenvolvimento sustentável, de modo a nortear uma epistemologia não só ambiental, mas também a de cunho social e humana, por isso é que Sachs a denomina de “ecosocioeconomia”. A emergência ambiental encontra consonância com a ideia de superação dos interesses meramente econômicos e individuais – hoje preponderantes em relação ao coletivo, pois o consumo sustentável de recursos naturais, como a água por exemplo, e todo repensar com foco no equilíbrio apontam em sentido contrário ao modelo de economia liberal.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Anuário ambiental de 2008*. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/153250.html>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

¹² SHIVA, Vandana. *O mundo no limite*. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite de racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Tradução de Maria Beatriz Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004. p.181.

¹³ SACHS, Ignacy. *Rumo à ecosocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 263.

3. Redução das desigualdades como objetivo da república federativa do Brasil

a) O desenvolvimento ecosocioeconômico da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 no inciso III, artigo 3º estabelece como objetivo fundamental do país a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, por meio do desenvolvimento ecosocioeconômico. A literalidade do texto normativo reconhece que o Brasil é um país de grande desigualdade social, nos diferentes territórios, e isso é um desafio fulcral a ser enfrentado pelo Estado. Também, se infere da leitura de diversos dispositivos que a Magna Carta brasileira assume viés desenvolvimentista essa postura programática é esperada do Estado.

Como bem destaca André Folloni a Constituição brasileira harmoniza visões políticas antagônicas, pois ao vedar que o Estado participe das atividades econômicas diretas desagradam muitas posições à esquerda ao mesmo tempo em que projetos de inclinações capitalistas, de direita por assim dizer, garantem a propriedade privada, a livre iniciativa e a liberdade.

A liberdade e a igualdade estão consagradas como cláusulas pétreas, o que demonstra a extrema importância enquanto princípios a ser protegidos e promovidos. Como terceiro elemento balizador dos dois princípios tem-se a justiça:

A Constituição constitui, como objetivo da República brasileira, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) – em preceito cuja redação, aponta MARCO AURÉLIO GRECO, é especialmente feliz, pois insere a justiça como meio-termo entre a liberdade e a solidariedade. Termos que, em certa interpretação, soam antagônicos, são harmonizados na ideia de justiça: como condição para ser justa, a sociedade brasileira deve ser tanto livre quanto solidária.¹⁴

A Constituição brasileira equilibra os princípios de liberdade e de igualdade, que sem dúvida se inter-relacionam e são por vezes limitantes entre si. Retomando a leitura da perspectiva dos revolucionários franceses, nota-se que o direito de liberdade não é absoluto em sua concepção original: “Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.”

E, nesse paralelo histórico, a liberdade na econômica clássica também encontra limites, mesmo na sua origem. Pois como Amartya Sen registra a concepção smithiana de “sentimentos morais” deixa claro que o indivíduo não é movido única e exclusivamente pelo autointeresse, considerando necessário o auxílio ao próximo.

¹⁴ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso), v. 41, p. 63-91, 2014, p. 86.

Ocorre que muito economistas se limitam a maximizar a motivação individualista, esquecendo-se ou mesmo ignorando o fato de que Smith apontou a necessidade de combater fomes coletivas e estados de penúrias. Sen, em sua obra agraciada com o prêmio nobel de economia, explica o distanciamento entre a ética e a economia:

A interpretação errônea da postural complexa de Smith com respeito à motivação e aos mercados e o descaso por sua análise ética dos sentimentos e do comportamento refletem bem quanto a economia se distanciou da ética com o desenvolvimento da economia moderna. Smith de fato deixou contribuições pioneira ao analisar a natureza das trocas mutuamente vantajosas e o valor da divisão do trabalho e, como essas contribuições são perfeitamente condizentes com o comportamento humano sem bonomia e sem ética, as referências a essas partes da obra de Smith têm sido profusas e exuberantes. Outras partes dos escritos de Smith sobre economia e sociedade, que contêm observações sobre a miséria, a necessidade de simpatia e o papel das considerações éticas no comportamento humano foram relegadas a um relativo esquecimento à medida que essas próprias considerações caíram em desuso na economia.¹⁵

Nesse ponto importante afirmar que a Constituição Federal de 1988 sem dúvida ganha destaque por ter positivado os direitos individuais e coletivos, de primeira, segunda e até terceira dimensão, para elevá-los e protegê-los. Além disso, mostra-se politicamente democrática, quando tenta conformar interesses de origem liberal e que clamam por igualdade. Nessa toada, o desenvolvimento econômico determinado pela Constituição brasileira, artigo 170 no capítulo sobre a Ordem Econômica, consagra dispositivos que propagam a dignidade humana, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e a valorização do trabalho.

O termo “desenvolvimento sustentável” possui conteúdo aberto e até impreciso, mas isso não tem impedido sua juridicidade. Tanto, que nesta última década a Corte Suprema do Brasil vem reconhecendo sua importância normativa, inclusive para concretamente definir certo conceito de *desenvolvimento*, confira-se no seguinte aresto:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura,

¹⁵ SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 43-44.

trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.¹⁶

A limitação à liberdade econômica com base também no direito de que todos têm direito a um ambiente ecologicamente equilibrado não implicar dizer que Constituição Federal de 1988 refreia a economia. Talvez a prática econômica predatória sim é vedada, porém nem sempre se percebe os efeitos negativos de determinada ação do mercado.

Conforme relata Ignacy Sachs, somente a partir de 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na cidade de Estocolmo, surgiram as críticas mais contundentes sobre o desenvolvimento econômico a qualquer custo, critérios globais de avaliação foram criados, para medir condições humanas nos países membros. No evento, o mais bem sucedido segundo o autor, assuntos relacionados a interesses humanos, portanto, supranacionais, puderam ser debatidos. Por exemplo, uma das proposições para compensar os países menos desenvolvidos – vítima de anos de exploração - seria criar uma espécie de pedágio para navios aviões internacionais, com vistas à captação de recursos financeiros para promoção do ecosocio desenvolvimento.¹⁷

No início da década de 80 interessante notar que em relação as mudanças climáticas poucos efeitos eram sentidos ou mesmo cientificamente comprovados. A situação de crise ambiental era prenunciada, mas não popularmente conhecida. Em tempos atuais de maior consciência da crise ecológica, persiste a dificuldade de romper com as velhas práticas econômicas, já estabelecidas internacionalmente e com forte influência nos governos mundiais; agravam-se, as condições de vida para milhares de pessoas.

No plano global diversos indicadores são úteis para medir a desigualdade socioeconômica. Porém, o cálculo que considera a renda percapta de um país (renda bruta dividida pelo número de habitantes), ignora as diferenças sociais, e por isso se mostra bastante limitado quando o objetivo é mensurar as reais condições de vida, principalmente da camada mais pobre da população.

O IDH – Índice de Desenvolvimento Humano criado pela ONU na década de 90 através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento utiliza a renda, a expectativa e o grau de escolaridade no cálculo comparativo para medir a desigualdade, e possibilita outras conclusões que não apenas macroeconômicas. Mesmo em sua versão “ajustada” (inclusão de outros indicativos) o IDH pode ser aprimorado, podendo considerar outras diferenças importantes tais como consumo de água por habitante, por exemplo, que como visto pode sim representar uma importante diferença humana e ambiental.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 01.09.2005. Publicação no DJ de 03.02.2006.

¹⁷ SACHS, Ignacy. Obra citada, p. 18.

A comparação no nível de desenvolvimento entre os países membros da ONU sem dúvida é válida, mas o que se considera país desenvolvido (serve de parâmetro) precisa ser revisto. Isso porque utilizam-se países ricos, como por exemplo os Estados Unidos da América, que apesar de concentrarem maior renda percapita, na comparação com os países latinoamericanos, em outros aspectos pode representar uma ameaça à vida humana, vide a quantidade de água potável consumida pelos norte-americanos. Ao menos em relação ao aspecto ecológico não se pode afirmar que o modelo americano seja o mais desenvolvido.

b) Desenvolvimento como liberdade de Sen

Em uma abordagem inovadora Amartya Sen, principalmente na obra “Liberdade como desenvolvimento”, propõe que pelas liberdades instrumentais se alcance uma melhor condição humana. Defende-se a atuação simultânea entre o estado e o fortalecimento da capacidade individual.¹⁸

No início da obra Sen registra que o século XX marca incrível avanço tecnológico. Isso sem dúvida pode ser evidenciado com a produção de remédios, meios de transporte e de comunicação, que hoje possibilitam o intercâmbio mundial de produtos, ideias e informações. No plano político o avanço foi significativo, pois diversos países tornam-se democráticos e permitiram a participação popular. Por outro lado, sabe-se que o mundo é marcado por miséria e opressão.

A preocupação é reverter esse quadro indigno ao ser humano. Uma das primeiras questões suscitadas é superar a falsa premissa de que a expansão econômica beneficia também os mais pobres. O desenvolvimento econômico é um meio que auxilia na expansão da liberdade e não um fim em si mesmo.

Assim, o termo desenvolvimento designa o processo de expansão de liberdades individuais, que sem dúvida contempla aspectos econômicos, acesso às facilidades tecnológicas, melhoria na saúde e demais necessidades de uma vida digna, mas não se espera que a pobreza seja reduzida apenas pelo aumento da economia. O desenvolvimento como liberdade envolve medidas substantivas que visam mais uma efetividade do que perspectivas. A expansão da liberdade requer o combate das principais fontes sua privação: pobreza, tirania, falta de empregos ou de ambiente sadio para empreender, maus serviços públicos e repressão estatal.

A liberdade sem dúvida é o vértice do processo de desenvolvimento, por ela se avalia o nível de progresso de uma determinada sociedade e por ela também se alcança o fim almejado que é a erradicação da pobreza mundial.

Enquanto instrumento de avaliação o desenvolvimento como liberdade pode ser extremamente útil. Quando se compara a renda percapta e expectativa de vida, esta

¹⁸ AMARTYA, Sen. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

última compreendida como forma de liberdade, os resultados impressionam: cidadãos brasileiros possuem maior renda percapta na comparação com indianos, mas em relação à expectativa de vida o quadro se inverte. Em outro exemplo de avaliação:

É comum o argumento de que, nos Estados Unidos, os afro-americanos são relativamente pobres em comparação com os americanos brancos, porém são muito mais ricos do que os habitantes do Terceiro Mundo. No entanto, é importante reconhecer que os afro-americanos têm uma chance absolutamente menor de chegar à idade madura do que as pessoas que vivem em muitas sociedades do Terceiro Mundo, como China, Sri Lanka ou partes da Índia (com diferentes sistemas de saúde, educação e relações comunitárias).¹⁹

O sucesso de uma sociedade deve ser avaliado, por essa visão, sobretudo pelas liberdades substantivas que seus cidadãos desfrutam. Esse tipo de avaliação supera os métodos econômicos convencionais que medem o grau de desenvolvimento segundo a renda ou mesmo avanço tecnológico. O autor ao tratar de liberdade diferencia as meramente formais das substanciais. As “liberdades formais” (*liberty*) se vinculam a inexistência de impeditivo legal contra os indivíduos, como por exemplo um estudante pobre não é impedido por lei de ingressar na faculdade de medicina, mas pouca são as chances em razão da baixa qualidade de ensino, e as estatísticas sobre o assunto comprovam a situação. As “liberdades substanciais” (*freedom*) são reais possibilidades de que o mesmo estudante torne-se médico, por meio de instrumentos que o dotem de capacidade.

Na perspectiva da liberdade substancial há dois elementos constitutivos importantes, sendo o primeiro denominado pelo autor de “capacidade” (*capability*) que significa em rápidas palavras “possibilidade das pessoas a levarem o tipo de vida que valorizam”, realizando escolhas próprias no campo político, econômico (opção de renda, trabalho ou não) e social, o segundo elemento constitutivo é a “condição do agente” (*agency aspect*), alguém que age e ocasiona mudança no meio público, como participante de ações econômicas, sociais e políticas. A *agency aspect* constitui o potencial do indivíduo de cuidar de si e de outros ao seu redor.

A concretização de liberdades substantivas está ligada as formas de privação, uma via de mão dupla. O baixo nível de escolaridade pode reduzir a renda, inversamente, melhor educação e saúde ajudam a elevar os ganhos. Porém, por vezes a atenção demasiada na questão da renda pode limitar a percepção sobre a capacidade.

Se nossa atenção for desviada de uma concentração exclusiva sobre a pobreza de renda para a ideia mais inclusiva da privação da capacidade, poderemos entender melhor a pobreza das vidas e liberdades humanas com uma base informacional diferente (envolvendo certas estatísticas que a perspectiva da

¹⁹ AMARTYA, Sen. Obra citada, p. 21.

renda tende a desconsiderar como ponto de referência para a análise de políticas).²⁰

Sen relaciona pobreza com privação de capacidades básicas (falta de liberdades substanciais – *freedom*) e não apenas com a falta de renda. Essas privações de capacidades elementares, como o próprio termo designa, vinculam-se a problemas existenciais, tais como: desnutrição, analfabetismo, regiões com doenças endêmicas, etc. Por essa avaliação a pobreza pode ser mensurada não apenas nos países em desenvolvimento, como o Brasil, mas também em sociedades desenvolvidas. Mas, a expansão da capacidade não se limita à sobrevivência, pois naturalmente o ser humano busca melhor qualidade de vida. Liberdade substancial sem dúvida possibilitar que o indivíduo possa estudar em uma boa universidade, obter bons proventos e usufrua dos avanços tecnológicos do século XXI.

De todo modo, o autor destaca a condição de agente como um meio e o fim para o desenvolvimento, os “agentes” podem ser responsáveis pela transformação das realidades, também quando estes se tornam cidadãos que exercem sua liberdade de escolha. Não se identifica o agente/indivíduo como alguém passivo, e sim como protagonista, cumprindo ao Estado a contrapartida de expandir liberdades.

Com efeito, o caminho para o desenvolvimento é a expansão das liberdades sobretudo as ditas substantivas. Ressalta-se que não há para Sen um critério único para desenvolvimento dada a heterogeneidade dos indivíduos, mas a noção desenvolvimentista parte das liberdades instrumentais que contribuem para a capacidade do agente, obtendo este progressiva melhora de sua condição e da sociedade, em um crescente círculo virtuoso.

Pelas palavras do autor, o desenvolvimento é visto como um processo de expansão de liberdades reais que as pessoas desfrutam. Essa expansão é considerada o fim (por seu caráter constitutivo) e o principal meio (por seu viés instrumental) do desenvolvimento.²¹

Enumeram-se 5 tipos de liberdades instrumentais: política, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. A liberdade instrumental política vincula-se às oportunidades que as pessoas têm para determinar quem deve governar, com a possibilidade de fiscalizá-lo, criticá-lo e repreendê-lo. A liberdade instrumental de facilidades econômicas são oportunidades de troca, consumo, produção e até financiamento. Oportunidades sociais são disposições que a sociedade estabelece nas áreas de saúde, educação, mais vinculadas a subsistência, denominadas pelo autor como liberdades substantivas. As garantias de transparência são comportamentos de lealdade e sinceridade entre pessoas. E como quinta liberdade

²⁰ SEN, Amartya. Obra citada, p. 35.

²¹ SEN, Amartya. Obras citada, p. 55.

instrumental a segurança protetora que se vincula a benefícios assistenciais a desempregados e pobres em estado de emergência.

Essas liberdades instrumentais aumentam diretamente a capacidade dos indivíduos e também se suplementam entre si.

O processo de desenvolvimento é crucialmente influenciado por essas inter-relações. Correspondendo a múltiplas liberdades inter-relacionadas, existe a necessidade de desenvolver e sustentar uma pluralidade de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de educação e saúde, facilidades para a mídia e outros tipos de comunicação etc. Essas instituições podem incorporar iniciativas privadas além de disposições públicas, bem como estruturas mais mescladas, como organizações não governamentais e entidades corporativas.²²

Percebe-se que a sociedade civil – agentes com capacidade e o governo buscam juntos o desenvolvimento, combatendo principalmente a pobreza. Sen ressalta a contribuição do indivíduo nesse processo e os meios para alcançá-lo, por essa visão a “igualdade seria um fim”²³ a se alcançado por meio da liberdade. A igualdade como objetivo não significa planificar a economia ou fixar modelos sociais, muito longe disso, pois o autor enaltece a liberdade de escolha dos indivíduos e das sociedades. Supera-se deste modo a premissa de que a liberdade e a igualdade estão em lados opostos da balança, como peso e contrapeso uma da outra.

Com efeito, ambos os princípios encontram-se, em grande medida do mesmo lado – por vezes auxiliando-se mutuamente e também se limitando, mas de tão inovadora e aberta é a primeira proposição unificadora, que as conclusões do presente artigo possivelmente serão complementadas, pois o tema está em construção. Assim, com vistas a reduzir a desigualdade expande-se a liberdade. Sem dúvida esse paralelo irá demandar novos estudos e reflexões muito mais específicas. Em relação ao presente estudo, na parte final, faz-se uma correlação entre a liberdade de tributar e a redução das desigualdades econômicas, tal como também previsto na Constituição Federal de 1988 do Brasil.

4. O estado fiscal em favor do desenvolvimento

A formação do Estado de direito também tem bases na noção de liberdade porque marca a abstenção absolutista e reconhece limites estatais; para tributar, inclusive. Nessa perspectiva o pagamento de tributos garante a liberdade individual. Em outro paralelo

²² SEN, Amartya. Obra citada, p. 77.

²³ Amartya Sen não se autodenomina liberal ou socialista, demonstrando pouca preocupação com pré-conceitos e filiações ideológicas. Possui declaradamente admiração pelas ideias de Adam Smith e por isso alguns leitores o definem como capitalista.

interessante, com o que fora exposto alhures, Ricardo Lobo Torres relaciona a liberdade de pagar tributos com o dever de igualdade entre indivíduos:

A liberdade individual, em suas relações com o tributo, apresenta algumas características que devemos examinar: envolve a noção de igualdade, identifica-se com a legalidade, fundamenta-se na representação e às vezes aparece mesclada com a ideia de felicidade. No pensamento luso-brasileiro ingressam também essas ideias, embora a legalidade e a representação não tenham sido levadas às últimas consequências, e a felicidade continue a depender da intermediação do Estado.²⁴

A liberdade e o tributo possuem idêntica relação com os princípios de liberdade e igualdade, figurando dois pensamentos basilares do liberalismo. De um lado o liberalismo igualitário sob inspiração rousseniana enalteceu a liberdade e vinculou a igualdade ao sentido político e econômico. De outro, o liberalismo defendido por Tocqueville, Benjamin Constant e outros, com o conceito negativo de liberdade política e civil, restringindo a igualdade aos aspectos formais e isonomicos.²⁵

A desigualdade socioeconômica como visto representa um dos maiores desafios deste século, pois suas consequências, como se percebe no Brasil, são o aumento das favelas, desnutrição, violência, miséria, doenças dentre outros males. Também por esse motivo a Constituição brasileira, consoante apontado em linhas anteriores, no item 4.1, por meio do desenvolvimento, combate à pobreza e à desigualdade. E, o direito tributário enquanto vinculado à noção de liberdade também representa um meio para se alcançar o desenvolvimento, no qual se insere a igualdade socioeconômica e a sustentabilidade ambiental.

Todos os cidadãos reconhecem a necessidade e a legitimidade da cobrança de tributos. Entretanto, os diferentes atores da sociedade defendem interesses individuais para reduzir sua parcela de contribuição fiscal. Os diferentes seguimentos da sociedade se contrapõe e competem entre si em infinitos *jogos, competições, aproximação e afastamentos* com o propósito de pagar menos impostos. Os titulares de maior riqueza sempre querem reduzir tributos ou, quando são chamados pagá-los, buscam possibilidades jurídicas de minorá-los.²⁶

As grandes corporações internacionais e indivíduos ricos conseguem movimentar o capital de forma mundial para reduzir seus tributos, sob a orientação de especialistas o dinheiro não encontra compromisso com a sociedade e com o território. Na França em decorrência do conflito entre herdeiras da marca L'Oréal tornou-se evidente a fluidez do capital nos planejamentos tributários internacionais em detrimento

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 109-110.

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Obra citada*, p. 110.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, 1998, 215-233, p. 227,

da justiça tributária. Narra Piketty que as herdeiras em litígio (mãe e filha) pouco contribuem para o Estado francês, pois grande parte do patrimônio de 15 bilhões de euros no ano de 2010 era movimento em paraísos fiscais, conforme noticiado. Em resposta à opinião pública, com orgulho uma das herdeiras aponta o pagamento de R\$ 397 milhões de euros de impostos no mesmo ano. Porém, sem se dar conta, revelou-se que o montante tributado em percentual de cerca de 2,5% da fortuna era bem inferior à dos trabalhadores da L'Oréal.²⁷

Ainda que se diga “lícita” tal conduta das herdeiras da maior fortuna francesa, no ponto de vista econômico e social é bastante reprovável. Isso porque a própria tributação fomenta a desigualdade entre as pessoas, acrescentando-se ainda o fenômeno de prevalência do capital sobre o trabalho, que reduz o emprego. O exemplo acima demonstra que a concentração de renda, pelo funcionamento dos sistemas tributários (intencional ou não), é uma preocupação de diversos países.

No Brasil a tributação é tida como elevada e o sistema tributário suscita muita controvérsia jurídica e é difícil entendimento devido à quantidade de normas e exceções. Outra situação extenuante é que o sistema brasileiro prevê arrecadação de quase uma centena de tributos, dentre eles impostos, contribuições sociais e taxas, com competência de arrecadação tripartida entre União, Estados (26 e mais o Distrito Federal) e Municípios (cerca de 5650).

Embora a Constituição Federal de 1988 fixe limites ao Poder de tributar, por outras palavras, cerceei a liberdade para cobrar impostos, nos termos dos artigos 150 e seguintes, verdade é que os entes tributantes constantemente laboram para escapar dessa incômoda condição, o que não raras vezes faz com que o Poder Judiciário tenha que declarar o tributo inconstitucional.

De todo modo, a isonomia tributária está prevista no artigo 145, § 1º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que sempre que possível os tributos devem respeitar a capacidade econômica do contribuinte, tendo sua eficácia vinculada a dois outros limites: a) não tributação do mínimo existencial e b) não tributação com efeito confiscatório. Observa-se assim, clara disposição para que impostos sejam arrecadados de forma proporcional: “paga mais, quem pode mais”.

Porém, o que deveria ser uma regra já que um dos objetivos da República brasileira é reduzir a desigualdade, inclusive por meio do sistema tributário, torna-se exceção, pois apenas alguns poucos impostos observam essa isonomia constitucional. Isso decorre também porque há tributos no Brasil de caráter real e pessoal, ficando no primeiro caso obstada a isonomia, assunto ainda que suscita grandes controvérsias nos Tribunais.

²⁷ PIKETTY, Thomas. *É possível salvar a Europa: crônicas 2004-2011*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 221.

De todo modo, a Suprema Corte Federal, mudou entendimento a partir do voto-vista do Ministro Eros Grau, no julgamento do Recurso Extraordinário 562.045, ampliando a aplicação do princípio da isonomia tributária ao menos em relação ao imposto de transmissão de imóvel (doação e *causa mortis*) cobrado pelo o Estado do Rio Grande do Sul:

(...) todos os impostos podem e devem guardar relação com a capacidade contributiva do sujeito passivo e não ser impossível aferir-se a capacidade e contributiva do sujeito passivo do ITCD. Ao contrário, tratando-se de imposto direto, a sua incidência poderá expressar, em diversas circunstâncias, progressividade ou regressividade direta. Todos os impostos – repito – estão sujeitos ao princípio da capacidade contributiva, especialmente os diretos, independentemente de sua classificação como de caráter real ou pessoal; isso é completamente e irrelevante”.²⁸

A isonomia tributária trata de forma igual os que possuem igual capacidade contributiva, tornando os de maior poder aquisitivo (ricos) mais responsáveis e os de menor (pobres) menos responsáveis. A aplicação extensiva do princípio da isonomia tributária sem dúvida encontra muita resistência jurídica, por esse motivo essa regra que observa a justiça fiscal é pouco utilizada. Diferentes argumentos obstam maior aplicação do princípio de tratar igual de forma igual e desigual em forma desigual: que o texto constitucional não prevê outras hipóteses tributárias, que a isonomia se aplica apenas aos impostos pessoais, etc.

Mas, como norte interpretativo, e, como bem destacado na supracitada decisão da Corte Suprema, a isonomia tributária deve ser utilizada em todos os impostos, também como forma de se alcançar objetivo constitucional de redução de desigualdade.

5. Considerações finais

Apesar do reducionismo histórico não ser o método mais indicado para compreensão de um tema complexo como o direito de liberdade e de igualdade, optou-se por registrar os principais aspectos nos últimos três séculos, para que minimamente se compare conceitos originais e contemporâneos.

Os ideais de liberdade da revolução francesa foram incorporados na sociedade para garantir privilégios à burguesia no século XVIII. Nos dois séculos seguintes houve sem dúvida avanço tecnológico e até outras pessoas ascendem socialmente, mas ainda poucos são os ricos, que para muitos substituem a antiga nobreza.

Isso se explica porque o direito de igualdade, jusnaturalista ou de reconhecimento Estatal, sem dúvida não teve o mesmo grau de desenvolvimento do direito de liberdade.

²⁸ STF – RE nº 562.045/RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski, recurso provido por maioria de votos, publicado 27/11/13, DJe 233 de 26/10/13.

No Brasil, foco da presente análise e nos países ditos em desenvolvimento se observa com maior evidência a prevalência da liberdade, especialmente econômica, em detrimento da igualdade material.

Dois direitos *a priori* de mesma origem jusnatural progrediram de forma dispare, em parte porque a liberdade foi consagrada pela economia de mercado e depois pela globalização, para legitimar a sua expansão. Ou ainda, porque a igualdade dos revolucionários franceses não significava divisão de renda ou oportunidade, mas se prestava a destituir a investidura divina dos monarcas, que por essa ideologia eram humanamente iguais a todos os outros. De todo modo, independente do que tenha significado naquele momento a igualdade o que mais importa é a sua atual compreensão.

Mesmo em países de restrição política, como é o caso da China e da Rússia, a “liberdade” ao menos econômica prosperou. É bem verdade que a liberdade em seus diversos aspectos como explica Sen precisa ser desenvolvida.

Nessa linha, restringir o conceito de liberdade ao liberalismo econômico é perigoso equívoco. Por esse motivo o modelo de desenvolvimento erigido - economia norte americana e europeia – por ser pouco incluyente, pouco distributivo e até por ignorar outras formas de liberdades substanciais, como citado na questão do uso da água, precisa ser revisto.

O desenvolvimento econômico que foca no aumento da renda geral não beneficia os pobres, pois a dinâmica do mercado, o Estado e a tributação não tem sido eficientes na expansão de liberdades substanciais.

Como aponta Pikety no século XXI, pela primeira vez, os rendimentos advindos do capital (frutos de rentabilidades bancárias) superaram os do trabalho (salários), e isso é um fato estarrecedor porque coloca em risco a produção de empregos. O detentor do capital devido à dinâmica econômica global prefere obter rendimentos da cobrança de juros e aplicações financeiras do que investir no desenvolvimento de uma empresa, e esse ciclo desastroso, resulta na queda de postos de trabalho e na concentração de renda, tornando a sociedade mais desigual. Ricos ficam mais ricos e a desigualdade social cresce. No momento de prosperidade da economia brasileira nas últimas décadas houve uma redução da desigualdade, mas algo incipiente se considerado o potencial de desenvolvimento.

Essa liberdade econômica deve encontrar limite. Sen, como visto, em sua obra laureada com o Nobel, relaciona ética e economia, imprime uma releitura humanista na concepção do auto interesse.

No livro “desenvolvimento como liberdade”, primeiro são apontados os equívocos nos critérios de desenvolvimento baseados em renda, consumismo e liberdades formais (*liberty*). O nível de desenvolvimento de um país será mensurado segundo as liberdades substanciais resultantes das capacidades dos indivíduos em suas cinco formas. Para Sen a liberdade é um meio e um fim para reduzir a pobreza, algo que equilibra dois princípios fundamentais para o Estado de Direito. Com o foco na expansão

das liberdades substancias se reduz a pobreza (liberdade para se alcançar “igualdade”), ambos os valores juntos em favor da humanidade.

A unificação de dois valores, para muitos ideologicamente antagônicos, se apresenta inovadora e clássica, na medida em que traz uma perspectiva totalmente nova que se fundamenta também nas lições econômicas de Adam Smith. A crítica de Sen aos ditames estritamente econômicos é atual e necessária, diante de vários dilemas do século XXI: crise refugiados, fomes coletivas, aquecimento global, falta de água, etc.

Mesmo que Sen não utilize liberdade como sinônimo de igualdade, ao se expandir liberdades como forma de alcançar o desenvolvimento, este consistente dentre outras coisas na redução da desigualdade, no fornecimento do mínimo existencial, na dignidade humana, para o constitucionalista brasileiro a correlação é perfeitamente possível. Isto porque a Constituição Federal de 1988 do Brasil harmonizou o direito de liberdade e igualdade, conformando-os pela justiça.

Com efeito, serve o breve estudo para destacar ao final que ambos os princípios encontram-se, em grande medida do mesmo lado, como também em lados opostos em seus diversos e complexos efeitos sociais e econômicos. O direito tributário no Brasil possui um grande papel a cumprir, seja na justa arrecadação utilizando-se como norte interpretativo a isonomia tributária, seja na extrafiscalidade como instrumento indutor de comportamentos solidários.²⁹

As referencias bibliográficas e a linha de pesquisa interdisciplinar, que colhe lições da economia, do direito e da sociologia ambiental, são de orientação de André Folloni, jurista brasileiro que tem enfrentado temas importantes por meio da teoria da complexidade, a qual dentre outras abordagem incentiva o livre pensar.

Por fim, o que se iniciou pela teoria jusnaturalista se encerra com a teoria desenvolvimentista, a qual pretende construir uma melhor relação entre o direito de liberdade e igualdade, baseada na solidariedade. Trata-se, talvez, de dar novo significado ao lema “liberté, égalité, fraternité”.

6. Referências

AMARTYA, Sen. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

AMARTYA, Sen. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

²⁹ A norma fiscal indutora consiste na utilização da extrafiscalidade para regulação das atividades econômicas, visando a indução de comportamentos sociais – de modo a se alcançar os objetivos almejados na Constituição Federal de 1988. Supera-se o caráter meramente arrecadatário para que a intervenção econômica seja positiva e não apenas sancionadora, isso possibilita que o contribuinte possa ter a escolha, ou seja, o Estado estimula ou desincentiva determinada conduta. SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 01.09.2005. Publicação no DJ de 03.02.2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 562.045/RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski, recurso provido por maioria de votos, publicado 27/11/13, DJe 233 de 26/10/13.
- FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO. Impresso)*, v. 41, p. 63-91, 2014.
- FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016.
- HAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins fontes, 2000.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, 1998, 215-233.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- NORBERTO, Bobbio. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Anuário ambiental de 2008*. Disponível em: <<http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/153250.html>>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- PIKETTY, Thomas. *É possível salvar a Europa: crônicas 2004-2011*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.
- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- Relatório PNUD disponível no endereço: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-20009.html>
- SACHS, Ignacy. *Rumo à ecosocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.
- SHIVA, Vandana. *O mundo no limite*. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite de racionalidade: convivendo com o capitalismo global*. Tradução de Maria Beatriz Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *A ideia de liberdade no estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TOURAINÉ, Alan. *Crítica da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 2002

OS NOVOS DESAFIOS POSTOS À JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE DO RISCO

THE NEW CHALLENGES FOR RESTORATIVE JUSTICE IN THE SOCIETY OF THE RISK

Yago Daltro Ferraro Almeida¹

Universidade Federal da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos de definição da justiça restaurativa; 3. A sociedade do risco e a tutela penal de novos bens jurídicos; 4. O direito penal frente a uma nova realidade; 5. A sociedade do risco e o efficientismo do direito penal; 6. Reflexões necessárias para a aplicação das práticas restaurativas aos crimes sem vítimas; 7. Considerações finais; Referências

1. Introdução

A justiça restaurativa foi tradicionalmente desenvolvida para os crimes que derivam de ações humanas próximas e definidas e que atingem essencialmente uma vítima concreta, (*e.g.* roubo, homicídio, etc.). Dito de outro modo, ao pensar em Justiça Restaurativa, a primeira associação que se faz é aos delitos para os quais o sistema penal tradicional destina a tutela aos clássicos bens jurídicos, *e.g.* a vida, a integridade física, a dignidade sexual e o patrimônio.

A questão que tem lugar nesse trabalho concerne a um outro desafio, o qual ganha cada vez mais importância, associada a uma criminalização expansiva dos delitos de vitimização transindividual, decorrente da sociedade de risco e da globalização, bem como dos seus efeitos na Dogmática Penal Tradicional.

Com efeito, o desenvolvimento da técnica, na chamada era industrial, apesar de ter sido responsável por um incremento na qualidade de vida, acabou por promover, de forma nem sempre positiva, uma aceleração da sucessão de acontecimentos, tendo ainda sido responsável pela criação e multiplicação de novos riscos (FERNANDES, 2001, pp. 31 e 32).

Nesse contexto, como verdadeira peculiaridade da sociedade de risco, exsurge a diluição e confusão entre autor e vítima do dano. Isso porque, ao tempo que todos nós somos potenciais agressores do meio ambiente, *e.g.* somos, por isso mesmo, vítimas potenciais dos resultados das nossas próprias ações.

¹ O autor é Mestrando em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Direito Constitucional (2015) e Bacharel em Direito (UFBA - 2014). É Analista Judiciário, designado Assessor Jurídico em Gabinete Criminal, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Foi Analista Judiciário do TRT-2ª Região (2014-2015); Servidor do MPBA (2012-2014); Tirocinista de Direito Penal I; Monitor de Direito Penal I-A; Direito Penal II e Contratos (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa em Justiça Restaurativa. E-mail: yagoferraro@gmail.com.

Esse panorama coloca novos problemas a serem enfrentados pelo Direito Penal, requisitando quiçá a sua expansão, bem como a modificação e/ou flexibilização de certas categorias vigentes, nomeadamente a título de causalidade, culpabilidade e responsabilidade, além do surgimento de um novo tipo de incriminações, pelo que ele próprio (o Direito Penal) corre também alguns riscos, a saber, a “descaracterização, diluição, relativização, funcionalização, entre outros.” (FERNANDES, 2001, p. 70), o que também atinge os bens jurídicos, de nova espécie e que demandam novas abordagens.

Diante desse cenário, o objetivo desse trabalho é analisar se a Justiça Restaurativa, enquanto proposta de modelo alternativo ao Sistema Criminal Tradicional, poderia se amoldar a essa nova realidade de criminalização.

Para tanto, formulamos a hipótese de que, se o direito penal, de rigidez jurídico-dogmática destacada, já teve a capacidade de flexibilizar-se, contemplando situações antes não previstas pelo direito penal clássico, seja pelo aparecimento, seja pela necessidade de tutelar de forma diferenciada determinados bens jurídicos, então, com muito mais razão, pode fazê-lo a Justiça Restaurativa.

Dessa forma, a *quaestio* a ser desenvolvida é a de que as respostas nessa seara transindividual, poderiam ser albergadas pela Justiça Restaurativa, sem descaracterizá-la, sem desvirtuá-la, sem desviá-la dos princípios que a estruturam, viabilizando uma solução para o conflito, ainda que em um outro aspecto seja necessária uma conformação procedimental.

Com efeito, entende-se que os estudos tradicionalmente desenvolvidos sobre a Justiça Restaurativa, de cunho mais individual, não respondem às exigências postas por ações que, a um só tempo, têm o condão de criar danos ou perigos difusos, supraindividuais, coletivos, ou, inclusive, aqueles de raiz individual, mas multiplicados por vários indivíduos.

Por evidente, o tema aqui tratado é merecedor de profunda reflexão, pelo que não se tem a pretensão de esgotá-lo, neste curto espaço, *brevitatis causa*. Em razão disso, o quanto aqui afirmado não constitui -nem poderia constituir- uma conclusão definitiva. Falar de uma solução, máxime pela recência do modelo restaurativo, seria, por enquanto, no mínimo, precipitado, pelo que o presente trabalho objetiva, em suma, levantar questões, a serem devidamente aprofundadas em outras oportunidades, e deixar, ademais, uma proposta para a discussão.

2. Aspectos de definição da justiça restaurativa

Antes de examinar o contexto da sociedade de risco e os novos desafios para as práticas restaurativas, é importante traçar breves comentários a respeito do que a Justiça Restaurativa realmente é.

Descrever um modelo que se pretende *novo*, ou ao menos *diferente*, com premissas e noções essenciais distintas das respostas tradicionais, não é, efetivamente,

uma tarefa simples. Nesse sentido, importante esclarecer, de saída, que o conceito de *Justiça Restaurativa* não pode ser definido com precisão, em razão da sua grande diversidade de orientações, práticas e fins.

São muitas as razões para certa indefinição conceitual da justiça restaurativa, mas, em apertada síntese, pode-se fazer referência a questões *temporais* e *espaciais*.

No primeiro aspecto, pertinente anotar que, malgrado o termo “restorative justice” já tenha sido usado no final dos anos setenta do século passado, o tema começou a ser debatido de forma mais entusiasmada a partir das décadas seguintes, o que revela a recência doutrinária a respeito da matéria. Por outro lado, no tocante às questões *espaciais*, nota-se que as práticas restaurativas despontaram não só de um lugar, mas de experiências variadas ao longo do globo, assentando-se em contextos diversos e em práticas distintas -resumidamente agrupadas em mediação, conferências e círculos-, razão pela qual as teorias formadas em seu derredor assumiram, por conseguinte, notas distintas (SANTOS, 2014, p. 154-155).

Com efeito, diante do seu caráter fluido e continuamente renovado, trata-se, nas palavras de Jaccoud, de um “modelo eclodido” (JACCOUD, 2005, p. 163), e, como bem destaca Sica, de “uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria” (SICA, 2007, p. 10). É esse o mesmo entendimento de Cláudia Cruz Santos, que, ao propor uma reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa, afirma, enfaticamente “que *ele não existe*, pelo menos de forma relativamente solidificada e pacífica quanto àqueles que seria os seus elementos essenciais” (SANTOS, 2014, p. 153).

A supramencionada falta de definição e a variedade de objetivos enseja o risco de práticas não restaurativas serem confundidas como tais, contribuindo negativamente para a análise do modelo e dificultando a avaliação dos programas. Desse modo, cabe-nos, no presente estudo, tentar uma aproximação ao conceito de *Justiça Restaurativa*, identificando os seus traços e elementos mais característicos.

Mesmo com certa indefinição, pode-se afirmar que se projeta, com o que se denomina de justiça restaurativa, a proposta de promover iniciativas de solidariedade entre os envolvidos no conflito penal, estimular a cultura de paz, bem como promover ações que tenham por escopo fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime (SICA, 2007, p. 10 e 11). Há, por conseguinte, uma *troca de lentes*², consistente em uma redefinição da noção de delito, antes concebido como uma violação contra o Estado e agora visto, sobretudo, como um conflito interpessoal, um ato que acarreta consequência e danos às pessoas, à comunidade e às suas relações.

Efetivamente, a perspectiva de análise sobre o fenômeno delitivo é verdadeira marca distintiva entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Penal Tradicional. Isso porque,

² A expressão “*troca de lentes*”, cunhada neste parágrafo, remete à obra de Howard Zehr, sociólogo e teórico que auxiliou de forma fundamental na difusão do ideal restaurativo a partir da década de 90. (ZEHR, 2008), de leitura obrigatória sobre o tema Justiça Restaurativa.

para esta, o conflito é visto em uma dimensão essencialmente abstrata e coletiva, na medida em que considerado como um atentado aos valores tidos como penalmente relevantes para o Estado; enquanto sob o viés restaurativo, a reflexão sobre o mesmo objeto -o crime- enseja conclusão diametralmente oposta: trata-se de um conflito essencialmente individual e concreto, entre um agente e a sua vítima.

Assim, a proposta restaurativa alberga a reapropriação do conflito, o que consiste em dizer que a decisão não mais será verticalizada e imposta por um terceiro julgador, mas construída pela vítima, ofensor e, quando possível, pela comunidade afetada pelo delito, com a ajuda de um facilitador.

Isso não necessariamente implica -é bom ressaltar- em uma perda de força do Estado na reação ao delito, mas, em verdade, uma reformulação de papéis, incumbindo agora ao Estado uma nova incumbência, a saber, a de possibilitar ao agente do crime e a sua vítima uma oportunidade de pacificação do conflito intersubjetivo (SANTOS, 2014, p. 41 e 42).

Nesse contexto, Selma Santana defende a reparação como consequência jurídico penal autônoma do delito, a representar, em alguns casos, ela própria, uma resposta ao delito, uma terceira via (2010, p. 57 e 58):

O princípio da subsidiariedade proporcionaria a legitimação político- jurídica da reparação penal, e a reparação assim concebida seria uma 'terceira via' paralela às penas e às medidas de segurança.

Nessa perspectiva, não se trataria de compensar o dano civil decorrente do delito, mas de se buscar atingir, na realidade, uma compensação das consequências do delito, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica.

Há, portanto, o *empoderamento* dos envolvidos, na medida em que lhes é atribuído um papel ativo na construção da solução do conflito, devolvendo-lhes poder - em termos culturais, políticos, psicológicos, etc.- para que a vítima determine quais as suas necessidades e como estas podem ser satisfeitas, e ao ofensor, para que ele possa fazer o possível para remediar o dano que causou.

Não se deve antecipar, todavia, uma conclusão apodítica a respeito do tema, que, por sua complexidade, será mais profundamente analisado ao longo de todo esse trabalho. Dito de outro modo, o que procuramos advertir, nesse primeiro momento, é que não é de todo recomendável construir um raciocínio axiológico absoluto, quase maniqueísta, a respeito da proposta restaurativa, até porque se para alguns a apropriação do conflito pelo Estado configura um retrocesso no processo civilizatório, para outros se

trata de um avanço civilizacional, eis que a aplicação de uma lei geral e abstrata, para além de consignar maior segurança jurídica, garantiria igualdade e paz social.³

Dito isso, é de se ver que a Justiça Restaurativa busca mais que a mera supressão ou modificação de tipos penais, mas, para além disso, uma reação *diferente*, não só preocupada com uma resposta ao comportamento delitivo, mas sobretudo com a reparação dos danos causados pelo crime, a reconstrução dos laços sociais e a reabilitação do ofensor. Intenciona-se, pois, promover entre os envolvidos no conflito, iniciativas de solidariedade, de diálogo e, contextualmente, programas de reconciliação.

Postas essas considerações, mister registrar que a Justiça Restaurativa não se limita a criticar o desvirtuamento da *praxis* penal, mas os próprios pilares teóricos da justiça tradicional.

Com evidência, se porventura se cogitasse que o problema se encontrava *tout court* no abismo existente entre a teoria do direito penal -notadamente a da execução penal- e a sua efetiva concretização no mundo dos fatos -a *praxis*-, para solucionar esse *mal* bastaria empreender esforços prospectivos para aliar a prática à teoria.

Nessa esteira de intelecção, se um dos problemas da pena privativa de liberdade é a superlotação do cárcere -*praxis*- então para resolver o problema bastaria a construção de mais presídios -o que, por simples razão matemática, faria surgir mais vagas- ou mesmo a formulação de medidas alternativas.

Contudo, a realidade fática mostra que as penas alternativas e outras mudanças tópicas e pontuais na legislação não foram suficientes para solucionar a grave crise do sistema penal, porque não se construiu, em seu derredor, um discurso teórico próprio. De fato, o problema atual não ocorre somente em razão de má aplicação das garantias, tampouco por uma mera deficiência estrutural -falta de recursos humanos, falta de vagas nos presídios, *e.g.*- mas verdadeiramente funcional, é dizer, a forma de responder ao problema.

Com efeito, tais medidas foram inseridas no contexto da *racionalidade penal moderna*⁴, a qual consiste, em apertada síntese, no paradigma marcadamente punitivo construído por meio de sucessivas escolas e teorias do direito penal que convergiam, pelos mais diversos fundamentos, para a “necessidade de punir”. (PIRES, 2004)

³ Nesse sentido, Cláudia Santos ressalta que se a ideia estrutural do pensamento restaurativo – o Estado como usurpador autoritário do conflito penal- parece evidente para os seus cultores, ela tem pouco de evidente para a maioria dos penalistas. (SANTOS, 2007, p.459-474)

⁴ Como bem analisa Álvaro Pires, uma maneira de pensar o sistema penal ligado a um conjunto de práticas institucionais voltadas para a obrigação de punir Nesse sentido, Beccaria trouxe o utilitarismo (é necessário punir para não enfraquecer o efeito dissuasório do direito penal), seguido por Kant (é necessário punir por um imperativo categórico e por obrigação moral) e Feuerbach (a punição é consequência jurídica certa e necessária ao cometimento do delito. A expansão dessa racionalidade se deu por força das teorias da pena e dos discursos nela apoiados, que se resumem, em suma síntese, na *retribuição, dissuasão, reabilitação e denúncia*). Cada uma dessas teorias da pena, a seu modo, reafirmam a ideia de ser necessário punir sempre. Isso acaba por constituir um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e a quaisquer inovações na maneira de lidar com o problema do crime. (PIRES, 2004)

Não se trata, pois, de uma fase passageira, mas perene, razão pela qual se faz necessário reformular as bases teóricas, sob pena de toda e qualquer tentativa perder força dentro de um paradigma punitivista, funcionando como uma mera aspiração programática (SICA, 2007, p. 08-10).

Dessa forma, há de se notar, *ab initio*, que a proposta restaurativa não é uma mera medida alternativa, mas, verdadeiramente, uma alternativa às medidas existentes, que aparece como uma seiva rejuvenescedora para a reconstrução de um novo tecido social e a construção de regulação social de forma negociada.

Digno de registro, inclusive, que, em um momento inicial, os cultores da justiça restaurativa buscavam definí-la através de uma oposição à justiça penal, sobretudo na frequente afirmação de que ela não é e nem se pretende ser *retributiva*, diferente da Justiça Penal Tradicional -constantemente referenciada, pelos cultores da Justiça Restaurativa, como Justiça Retributiva, nomenclatura que buscamos evitar, porque reconhecemos a importância que as finalidades preventivas também assumem na formulação teórica do Direito Penal.

Com evidência, o esforço retórico de valorar positivamente a Justiça Restaurativa, contrapondo-a com os defeitos -muitas vezes supervalorizados- da justiça penal foi necessário inicialmente, em razão do esforço naturalmente exigível na defesa de um movimento que busca lutar para se impor frente a um paradigma que é dominante. Contudo, entendemos necessário alertar, de logo, para a imprescindibilidade de nos esquivarmos de um debate simplista e simplificador a respeito de atribuir à complexa realidade do sistema penal uma mera finalidade retributiva, sobretudo em razão da importância que as finalidades preventivas representam no pensamento penal, como já se disse alhures.

Dessa forma, como bem salienta Cláudia Cruz Santos, “uma linha de orientação que se crê nuclear é a da *rejeição de uma definição da proposta restaurativa pela negativa*, a partir da ideia de que ela não é aquilo que a justiça penal é, sobretudo quando se parte de uma concepção errônea ou insuficiente daquilo que caracteriza a justiça penal do nosso tempo e do nosso espaço” (SANTOS, 2014, p. 161).

Isso não implica dizer -é importante ressaltar- que não se pode compreender a justiça restaurativa enquanto modelo *diferente* da justiça penal. É essa compreensão da especificidade do novo modelo que propomos nesse primeiro ponto, buscando aprofundá-la nos tópicos seguintes.

Desse modo, tem-se que a justiça restaurativa busca *transformar* a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no cotidiano, lidando com o crime de modo multidisciplinar, convergindo os mais diversos saberes, inclusive o conhecimento leigo.

Em suma, não existe uma resposta única, mas várias respostas para a pergunta: *o que é a Justiça Restaurativa?* Pode-se dizer que se trata de um processo de encontro, incluindo os interessados na decisão sobre o que deve ser feito; uma mudança na

concepção de justiça, que prefere a reparação à imposição de uma pena ou mesmo uma transformação nas estruturas sociais e na forma de interação entre os indivíduos (PALLAMOLLA, 2009, 59 e 60).

3. A sociedade do risco e a tutela penal de novos bens jurídicos

Os novos interesses, que proporcionam o surgimento dos novos bens jurídicos penais, decorrem de causas distintas, a saber, a conformação de novas realidades, que antes não existiam, ou, se existiam, não o eram no mesmo grau de intensidade; a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, que passaram a se tornar mais escassas, a exemplo do meio ambiente, bem como o incremento de valor a um determinado bem da vida, em razão de evolução cultural e social, *v.g.* o patrimônio histórico e artístico (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 28).

Todas essas causas, imiscuídas em um contexto do risco, dão ensejo a um cenário suscetível a uma expansão considerável do Direito Penal, a ensejar, portanto, a tutela penal desses novos interesses⁵. A relação entre a aparição de novos riscos (ou majoração dos já existentes) e criminalização de novas condutas é, pois, evidente.

Inicialmente, é preciso salientar os riscos sempre existiram, não sendo um conceito próprio da pós-modernidade⁶ ou da chamada sociedade industrial. A expansão marítima, própria da Europa Moderna, quando os recentes Estados europeus lançavam-se ao mar para o Descobrimento das terras do novo mundo era, ela própria, um risco. Contudo, o termo “risco”, naquela época, mais se assemelhava a um tom de ousadia, de aventura, de cariz eminentemente pessoal, não configurando situações de ameaça generalizada e global, a exemplo das que surgem para toda a humanidade com uma eventual tragédia radioativa, *exempli gratia*. (BECK, 2011, p. 25).

A aparição de novos riscos ganha dimensão mais alargada em um contexto de densa interação política e econômica entre os países ao redor do globo, na medida em

⁵ Adverte-se ao leitor que o presente trabalho não tem como objetivo analisar a legitimidade da intervenção penal nessa nova seara. É dizer, malgrado não se descure da relevância do estudo a respeito da *expansão* do Direito Penal, o que envolve o questionamento a respeito da exortação dos limites que deveria se deter, à luz de uma *ultima ratio*, o que se pretende aqui é analisar a Justiça Restaurativa inserida nesse contexto de *expansão*. Assim, buscamos analisar a evolução do Direito Penal frente a essa nova realidade como um fenômeno posto, que vem ocorrendo, pelo que remetemos ao leitor interessado em uma análise mais crítica a respeito da política criminal expansivista à obra de SILVA SANCHEZ (2002).

⁶ O debate a respeito do que viria a ser a pós-modernidade desborda, por evidente, os propósitos do estudo *sub oculi*. Não deixamos, contudo, de delinear breves linhas sobre o tema, recomendando ao leitor, de pronto, a leitura das obras de Zygmunt Bauman, em especial, “O Mal-Estar da Pós-Modernidade” (1998), onde se pode mergulhar com profundidade a respeito da matéria. Ao se referir à pós-modernidade, Bauman assevera que “os homens e as mulheres pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por um quinhão de felicidade” (1998, p. 08), depreendendo-se que a marca da pós-modernidade - ou seu valor supremo - é a 'vontade de liberdade' que acompanha a velocidade das mudanças econômicas, tecnológicas, culturais e do cotidiano. Daí resulta um mundo vivido como incerto, incontrolável e assustador - bem diverso da segurança projetada em torno de uma vida social estável, ou em torno da ordem, como na modernidade.

que o processo de governo de cada Estado não mais se limita ao seu próprio espaço, mas repercute em outros países, atingindo escalas internacionais.

Nesse contexto, as avançadas tecnologias de comunicação e informação intensificaram de forma significativa as conexões entre Estados, sociedades e pessoas, permitindo o acesso, em uma escala planetária, a todos os acontecimentos do globo.

A globalização, a bem da verdade, propicia a solidarização do progresso, mas também facilita a difusão dos problemas. A informação facilitada e difundida pode gerar uma sensação de medo, terror e insegurança. Isso porque, no afã sensacionalista, as notícias relacionadas com crimes e tragédias são expostas de maneira repetida, prolongada e por vezes exagerada, fazendo com que o telespectador se imagine como potencial vítima, ensejando um amedrontamento geral.

Efetivamente, a dramatização e a morbidez “com a qual se examinam determinadas notícias atuam como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes, gerando uma insegurança subjetiva que não se corresponde com o nível de risco objetivo” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 38)⁷. Com isso não se está a dizer, por evidente, que a insegurança e o medo que permeiam a sociedade decorrem, tão só, da divulgação enviesada de informações, mas é preciso pontuar que a sociedade, ao ser atemorizada e ilusoriamente conduzida à conclusão de que nada mais há além de crime e destruição, passa a clamar por um endurecimento da política criminal, na crença de que o Direito Penal é o porto seguro, uma panaceia.

A insegurança permeia a vida do homem hodierno. É a sensação de desproteção que decorre, em parte, das falhas da técnica científica, a qual, malgrado permita minorar os perigos decorrentes de fontes naturais, a exemplo das patologias e catástrofes, mostrou-se falha, pelo que se pode afirmar que o progresso tecnológico conduziu a uma nova dimensão de risco, demasiadamente expandida, trazendo chances concretas de ameaças, inclusive, à vida humana enquanto espécie no Planeta. Dito de outro modo, os avanços tecnológicos criaram *novos riscos*, na medida em que o homem se imiscuiu em áreas nunca antes exploradas (ou exploradas em menor grau), a exemplo da seara nuclear (notadamente a produção de armas nucleares, ou mesmo os desastres notórios, *e.g.* Chernobyl), química, biológica, ambiental (*e.g.* desastre em Mariana-MG), informática e de manipulação genética.

Assim, o Direito Penal, historicamente e tradicionalmente desenvolvido como uma reação do Estado aos que atentaram contra o patrimônio, a vida e a dignidade sexual, agora passa a ser visto como um instrumento de defesa da sociedade contra a criminalidade organizada, contra o narcotráfico; terrorismo; pornografia; delitos fiscais;

⁷ SILVA SANCHEZ ainda aduz que para além dos meios de comunicação, as próprias instituições públicas transmitem imagens diversas da realidade, contribuindo com a difusão dessa sensação de insegurança. Cita, exemplificativamente, nesse sentido, a forma como são apresentadas as estatísticas de crimes cometidos por jovens filhos de imigrantes na Alemanha (2002, p. 39)

o meio ambiente; as relações de consumo; saúde; interesses econômicos, a corrupção político-administrativa e o abuso de poder.

Nesse contexto, vale a citação dos diplomas normativos que alteraram o ordenamento jurídico-penal para fazê-lo se adaptar a essa nova realidade, a saber, a Lei nº 13.260/2016 (terrorismo); Lei nº 11.343/06 (lei antidrogas); Lei nº 9.605/98 (crimes ambientais); Lei nº 8.666/93 (art. 89 e seguintes, que cuidam dos crimes previstos na lei de licitações); Lei nº 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro); Lei nº 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo); Lei nº 7.716/89 (lei de combate ao racismo); Lei nº 9.434/97 (tráfico de órgãos); Lei nº 9.807/99 (lei de proteção à testemunha); Lei nº 10.028/2000 (incluiu oito tipos penais do Decreto-Lei nº 201/67 -incisos XVI a XXIII- que trata dos crimes praticados por Prefeitos); Lei nº 8.078/90 (crimes contra as relações de consumo); Lei nº 12.850/2013 (lei das Organizações Criminosas); Lei nº 8.176/91 (crimes contra a ordem econômica); Lei nº 9.472/97 (lei das telecomunicações) e a Lei nº 11.105/05 (crimes de manipulação genética).

4. O direito penal frente a uma nova realidade

A sociedade de risco é marcada pela tendência de não se aceitar o acidente, o fortuito, na medida em que os *riscos* derivam de decisões humanas, que se baseiam em um cálculo de vantagens e oportunidades e a chance do desastre.

Assim, a tecnociência promoverá um cálculo de riscos e probabilidade de ocorrência de consequências, bem como de vantagens e desvantagens (sobretudo econômicas), a fim de escolher a decisão a ser adotada, ainda que não seja possível controlar ou prever totalmente as consequências. Efetivamente, na sociedade pós-industrial, os riscos, antes localizados e definidos no tempo e no espaço, agora passam a ganhar conotações universais e atemporais, máxime por conta da ramificação de decisões humanas, que acabam por se encadear e se protraírem no tempo.

Como dito, os riscos não têm cariz nitidamente natural (a exemplo das epidemias, a fome, as tragédias naturais, etc.), eis que pressupõem decisões humanas, sejam comissivas ou omissivas, as quais, por sua vez, conduzem à tomada de outras tantas, promovendo uma verdadeira ramificação de decisões que podem, elas mesmas, ensejar riscos próprios, “instalando o *caos* da inidentificabilidade dos agressores (e ainda da diluição *ad absurdum* das responsabilidades)” (FERNANDES, 2001, p.59)

Se há uma resistência psicológica em se admitir que os danos decorram do azar, o que se relaciona diretamente com a compreensão de que a maior parte dos perigos decorre das decisões humanas, um terceiro deverá sempre ser responsabilizado por essas consequências.

Essa nova realidade demanda um novo modo de operar do Direito Penal, na medida em que os bens jurídicos clássicos, bem como as regras de imputação,

notadamente individualistas, não conseguem responder adequadamente às novas necessidades, razão pela qual, para SILVA SANCHEZ, a expansão da imputação de responsabilidade pode ser tida como uma marca da sociedade contemporânea (2002, pp. 46 e 47).

Com efeito, o discurso penal clássico, fulcrado na imputação individual, seria insuficiente para as exigências da sociedade de risco. Nesse sentido, FERNANDES aduz que “A flexibilização ou diminuição de categorias como as da causalidade, da tentativa e da consumação, da autoria e da participação ou do dolo é também marca desta tendência para a desformalização” (2001, p. 73), o que reflete a tendência de maleabilizar os institutos da dogmática, em favor de um maior indeterminismo que se revela necessário para o Direito Penal de Risco.

Com a eliminação de espaços de risco permitido, há um incremento de delitos culposos e delitos de comissão por omissão, bem como de tipos de perigo, traduzindo, assim, uma verdadeira expansão do Direito Penal.

5. A sociedade do risco e o eficientismo do direito penal

SANCHEZ descreve que há quem defenda, no seio da própria doutrina jurídico-penal, a possibilidade de modificação das regras do jogo, aludindo à necessidade de abrandamento das garantias político-criminais do Estado de Direito e regras clássicas de imputação, em prol do combate à macrocriminalidade, revelando a limitação da capacidade do Direito Penal clássico de base liberal e dos seus princípios da taxatividade, imputação individual, presunção de inocência, etc. (2002, p. 68).

Nesse contexto, os princípios da culpabilidade, as regras do devido processo legal e a jurisdicionalidade, bem como os demais conceitos da teoria do delito e princípios do Direito Penal, são contemplados como barreiras a uma real solução dos problemas, pelo que prosperam os modelos de justiça negociada, “nos quais a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 69), revelando, assim, uma visão do Direito Penal como um mecanismo eficiente de gestão de determinados problemas.

Para além disso, SANCHEZ aponta a privatização e a desformalização como uma consequência inevitável da expansão. Isso porque o setor público, naturalmente deficitário, não suporta o crescimento do sistema do Direito Penal (notadamente o sistema penitenciário), pelo que surge como alternativa o recurso a instâncias privadas (daí os discursos que propugnam por prisões privadas e por polícias privadas) (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 71).

Efetivamente, a integração supranacional e a globalização são fenômenos que impulsionam a expansão do Direito Penal, de cariz menos garantista, na medida em que busca atender exigências de uma nova realidade, de uma criminalidade transnacional

complexa e organizada, dirigindo o Direito Penal a um pragmatismo declarado, em busca de uma eficiência na abordagem da criminalidade.

A integração supranacional faz gerar uma nova concepção de objeto do delito, abrangendo elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico, na medida em que “a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária -, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 80).

A criminalidade nos tempos de globalização é, em última análise, organizada, na medida em que nela intervêm um número de pessoas estruturadas hierarquicamente, sendo, do ponto de vista material, uma criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela influência econômica, política e social na magnitude dos seus efeitos.

Como dito, o objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é eminentemente prático, evitando a conformação de “paraísos jurídico-penais” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 81). Para o autor, a existência desses “paraísos” é deveras problemática, na medida em que se trata de uma modalidade de delinquência na qual os principais responsáveis podem estar significativamente distantes do lugar e do momento dos atos de execução.

Ao tratar sobre a dogmática diante da delinquência da globalização, SILVA SANCHEZ dispõe que surgem duas alternativas: ou se acomete uma setorialização das regras da parte geral do Direito Penal, ou se assume que as modalidades clássicas de delinquência devam refletir a modificação das regras pelas quais vêm sendo exigidas. A primeira configuraria o “Direito Penal de duas velocidades”, que “significa na realidade a renúncia à teoria do delito como teoria geral e uniforme do ilícito penal (e, nessa medida, aparentemente um retrocesso histórico)” (2002, p. 84). A segunda, por sua vez, supõe a desativação do sistema geral de regras configurado, com uma mais que óbvia vocação garantista, a partir da constatação da gravidade das consequências jurídico-penais, com referência em particular ao homicídio. Para o autor, deve-se adotar a primeira opção.

Se as interações ganharam conotações cada vez mais globais, assim como a circulação de produtos se estabeleceu em uma escala mundial, o crime também se tornou global, multiplicando-se, de maneira organizada, em redes densificadas, que percorrem todos os setores sociais. Para FERNANDES (2001, p. 36), o crime da era global, por excelência, é o crime econômico. Dito de outro modo, para o autor, a globalização acabou por multiplicar, em larga escala, circuitos criminosos que envolvem grandes montas financeiras, bem como organizações e pessoas, voltadas à prática delituosa, com o fim de obter lucros vultosos, intensificando-se, assim, sobremaneira, a criminalidade econômica, a delinquência de colarinho branco e a criminalidade dos poderosos.

FERNANDES (2001, pp. 36 e 37) distingue os três tipos de criminalidade, os quais não raramente são tratados como sinônimos. Assim, a criminalidade de colarinho branco se restringiria às classes sócio-econômicas detentoras de maior poder econômico,

enquanto a criminalidade econômica seria, em verdade, fruto da democratização daquele tipo de criminalidade, agora praticada pelos mais diversos estratos sociais, em razão da facilitação de acesso aos argos que permitiam a prática de determinados crimes (crimes financeiros, e.g). É dizer, a criminalidade econômica não se diferenciaria, na essência, da criminalidade de colarinho branco, dela se distanciando apenas pelo estrato social que ocupa o autor. Por sua vez, a criminalidade dos poderosos consubstancia o conjunto de crimes praticados por agentes que ocupam uma posição especial em um contexto de poder, no intuito de manter ou reforçar o poder político, ou econômico (a exemplo dos crimes de corrupção ativa/passiva, lavagem de capitais, etc.).

6. Reflexões necessárias para a aplicação das práticas restaurativas aos crimes sem vítimas

As vítimas sofrem diversas consequências do crime. Para além da perda financeira ou patrimonial, há também, por vezes, os danos físicos e emocionais, que, inclusive, podem durar por muitos anos, reverberando no espírito do ofendido. Alguns podem se sentir deprimidos, nervosos e temerosos, dificultando-se, assim, o ajuste à vida normal, em decorrência do trauma experimentado quando do cometimento do crime. (BORIBOONTHANA, 2006, p. 12)

Outrossim, o delito pode estigmatizar a vítima, porque esta acaba por se tornar, para os seus pares, um lembrete desconfortável de que o crime pode ocorrer com qualquer um. Não raramente, algumas pessoas, inclusive do círculo familiar ou de amizade da vítima, em vez de apoiá-la, culpam-na pelo ocorrido, o que acaba por apartá-la dos membros da comunidade, estigmatizando-a.

Ademais, durante muitos anos, o papel da vítima no sistema penal ficou esquecido, tanto pelo Direito, quanto pela Criminologia. É que, com o surgimento e o desenvolvimento do Direito Penal, as formas de *vindita privada* -sistemas em que a vítima assumiam posição de destaque, por serem elas próprias as responsáveis por administrar a justiça e dar soluções às agressões sofridas- foram extintas, na medida em que o monopólio do *jus puniendi* passou a caber ao Estado.

Com o nascimento do Estado, a vítima passou a ser afastada do processo criminal, sob a justificativa da persecução pela imparcialidade, proporcionalidade e objetivação na aplicação da pena. Até mesmo a Criminologia, como se disse, olvidou-se, em um primeiro momento, de buscar analisar a vítima com a atenção que lhe é devida, pois que, *a priori*, os estudos criminológicos se concentravam no trinômio delinquente-pena-crime, tendo como figura de destaque, por conseguinte, o autor do crime, relegando a vítima ao esquecimento.

Como se sabe, a Justiça Criminal Tradicional tem, como protagonistas do processo penal, o ofensor, no polo passivo da demanda, e o Estado, representando o órgão acusador. A Justiça Restaurativa, por seu turno, amplia o espectro de interessados no processo, é dizer, o rol de atores -aqui entendidos como os que podem se posicionar

ativamente no deslinde da causa- é mais complexo, abrangendo também as vítimas e, quando possível, a comunidade.

Com acerto, ZEHR (2012, p. 24) afirma que “O movimento de Justiça Restaurativa começou como um esforço de repensar as necessidades que o crime gera e os papéis inerentes ao ato lesivo”.

Seguindo nessa análise, o autor destaca que “Os defensores da Justiça Restaurativa examinaram as necessidades que não estavam sendo atendidas pelo processo legal corrente. Observaram também que é por demais restritiva a visão prevalente de quais são os legítimos participantes ou detentores de interesse no processo judicial” (2012, p. 24)

Nesse contexto, vale dizer que, malgrado não seja possível vincular a gênese da Justiça Restaurativa à Vitimologia⁸, é certo reconhecer que ela muito contribuiu para o seu desenvolvimento, máxime pela redescoberta da vítima, bem como pela preocupação com a *reparação* em face dos danos que lhe foram causados pela prática delitiva.

A Justiça Restaurativa parte de uma preocupação com as vítimas e suas reais necessidades, procurando reparar o dano dentro do possível, tanto de maneira concreta como simbólica. Assim, dentre outros objetivos, busca o processo restaurativo resgatar a vítima, empoderando-a para dar azo a interesses que não são atendidos adequadamente pela Justiça Criminal Tradicional, onde frequentemente são abandonadas e olvidadas pelo processo penal.

Dito de outro modo, busca a Justiça Restaurativa devolver à vítima o empoderamento do conflito, conferindo a ela a prerrogativa de poder participar ativamente do seu deslinde.

Essa preocupação deriva do sentimento de impotência que, em geral, atinge as vítimas, as quais não raramente se sentem privadas, após a ocorrência da ofensa, do controle sobre suas emoções, sua propriedade, seu corpo, etc. De fato, devolver-lhe o

⁸ Considera a doutrina que a vitimologia teve início com a obra *The Criminal and his Victim*, de Von Henting, seguido por Mendelsohn, que potencializou os ensinamentos de Henting. Contudo, nesse primeiro momento, os estudos vitimológicos foram nitidamente marcados por um cariz positivista, não possuindo ideias convergentes com as reivindicações do movimento de vítimas, na medida em que se preocupavam, em maior medida, no estudo dos elementos psíquicos do complexo criminoso existente na relação entre a vítima e o criminoso. Nesse sentido preleciona Pallamolla: “a vitimologia toma fôlego e ganha destaque nos anos 80, todavia, seu início não se deu aí. Pode-se dizer que a vitimologia teve início com a obra *The Criminal and his Victim* (1948), de Von Henting, autor que apontou a contribuição da vítima ao delito e afirmou a existência de vários tipos de vítimas. Depois dele, Mendelsohn (1974) deu seguimento a seus ensinamentos, potencializando-os através de uma classificação que levava em conta o grau de culpabilidade da vítima na produção do delito. Estes autores, portanto, foram responsáveis por introduzir a noção de níveis de responsabilização da vítima na sua própria vitimização e, devido ao destacado caráter positivista de seus estudos, foram alvo de várias críticas.” (2009, 47) Contudo, acompanhando a tendência criminológica da teoria da reação social, os movimentos vitimológicos se afastaram da busca pelas causas biológicas, antropológicas e sociais que levavam alguém a se tornar vítima, passando a centrar o foco de análise nos processos de vitimização -primária, secundária e terciária-, os quais revelaram o mais completo desamparo sofrido pela vítima ao longo do processo penal. (PALLAMOLLA, 2009)

senso de poder, decorrente da participação efetiva -e ativa- do processo judicial, pode ser muito reconfortante e humano⁹.

Considere-se, outrossim, que um crime gera muitas dúvidas na vítima. Muitas pessoas ficam a se perguntar o porquê de terem elas sido as escolhidas pelo ofensor para serem destinatárias da prática delituosa. Essas dúvidas, posteriores ao crime, geram, em alguns casos, um transtorno psicológico maior que o próprio dano sofrido, razão pela qual não se pode deixar de levar em consideração que a vítima precisa de respostas. Respostas não advindas dos encartes processuais -os quais, muitas vezes, sequer as encontram- mas sim, respostas reais, as quais requerem acesso -direto ou indireto- àquele que perpetrou a conduta delitiva.

Nesse contexto, muitos defensores da Justiça Restaurativa exaltam o efeito terapêutico decorrente de suas práticas, argumentando que o simples ato de ouvir a história narrada pela vítima pode auxiliar na superação da experiência negativa de se vivenciar um crime. Não tratam, por evidente, da tomada de um depoimento, seja em juízo ou em uma delegacia - ambientes formais e indiferentes- mas, sim, de um contexto próprio, significativo, que faça com que o ofensor e a sociedade entendam o real impacto que lhe fora causado pelo ato ilícito cometido.

UMBREIT, COATES e VOS (2004) resumiram vários estudos de diferentes tipos de criminosos, bem como de vítimas, de diferentes culturas, e demonstraram, empiricamente, os altos níveis de satisfação dos participantes. Aduzem os autores que oito ou nove de cada dez participantes afirmam saírem satisfeitos com o processo e com o resultado do acordo, bem como informam que as vítimas frequentemente noticiam satisfação de terem a oportunidade de dividir as suas histórias e sua dor resultante do crime. (2004, pp. 287 e 288).

Assim, é de se ver que uma das principais críticas que a Justiça Restaurativa tece ao Sistema de Justiça Criminal Tradicional é de que o processo penal abandona a vítima, tratando-a, quando muito, apenas como objeto de prova. No caso dos crimes funcionais praticados por Prefeitos, esse abandono quanto às necessidades dos ofendidos é intensificado e multiplicado.

Entretanto, do quanto já delineado, é possível depreender que, tradicionalmente, a exaltação das práticas restaurativas tem como destinatária precípua a figura da vítima conhecida e determinada. O nosso problema, ao revés, remete aos crimes vagos, afinal, os crimes funcionais praticados por prefeitos atingem uma coletividade e não apenas um indivíduo especificamente.

⁹ Ao tecer comentários sobre a tentativa de colocar a vítima no centro das preocupações do sistema penal, Raúl Esteves afirma que: “Uma justiça para a vítima significa tão somente transportá-la para o centro do drama jurídico que se inicia, precisamente, com a afetação da sua vida, integridade física, saúde, patrimônio, liberdade, dignidade, honra e consideração ou qualquer outra dimensão da sua existência tutelada pelo direito penal, em uma acção ou omissão de outrem.” (2006, p. 58)

Assim, necessário refletir a respeito da compatibilização dos objetivos e preocupações das práticas restaurativas nesse contexto dos crimes vagos, nos quais não há uma vítima concreta e individualizada.

E, nesse ponto, algumas dificuldades se revelam.

De proêmio, é de se destacar que, nos crimes vagos, que, por definição, são crimes *sem vítimas*, é difícil (ou por vezes inviável) identificar as pessoas que potencialmente figurariam como os ofendidos do delito. Assim, a título exemplificativo, diferente do homicídio, em que absolutamente possível identificar o *de cujus*, no crime inserto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67 (admissão irregular de servidor público), uma coletividade indeterminada de pessoas é atingida por essa conduta criminosa.

Com efeito, o abalo à administração pública em virtude da má gestão do alcaide (que repercute na seara penal) causa danos a toda a sociedade daquele município, pela perda de confiança no trato com a coisa pública e a possível crise sistêmica que pode advir do delito.

O aumento de despesas públicas e os distúrbios na gestão dos ativos municipais geram danos em maiores ou menores proporções a todos da comunidade, colocando em risco empregos e a estabilidade de vários cidadãos, gerando consequências que podem ser imediatas ou se protrair por um longo tempo, a depender de uma série de fatores, a exemplo do tamanho do município e a extensão e gravidade do dano causado.

Efetivamente, os danos causados pelos crimes funcionais praticados por prefeitos vão além das perdas monetárias, repercutindo na perda de empregos, lares, solvência do Município, acesso à saúde, educação e outras necessidades vitais da comunidade.

A despeito disso, não sendo possível identificar as vítimas, a primeira questão a se problematizar é: quando a vitimização é difusa, a prática restaurativa fica prejudicada, ou mesmo inviabilizada?

Para Cláudia Santos, a indefinição das vítimas não seria, de per si, um obstáculo à prática restaurativa. Apesar de o delito atingir um número indeterminado de indivíduos, haverá pessoas, mais atingidas que outras, por assim dizer, a exemplo do crime previsto no art. 89, da Lei 8.666/93: A dispensa ou inexigibilidade de licitação afetará toda a comunidade, bem como a Administração Pública, mas causará danos mais diretos aos concorrentes interessados no objeto do pleito licitatório. (2014, 598).

No entanto, mesmo nos casos em que o crime atinja toda a comunidade, de forma indistinta, a autora defende a possibilidade das práticas restaurativas, sugerindo que a comunidade não seja representada pelo Estado (tal qual no sistema de justiça criminal tradicional), mas por entidades que intervenham em nome da comunidade, entidades que tratem de questões e interesses afeitos à violação decorrente da prática delitiva. (SANTOS, 2014, p. 598).

No mesmo sentido, Thiago Di Pietro (2014, pp. 72 e 73) exemplifica:

“se o ofensor realizar alguma prática delituosa que atinja um número incalculável ou imensurável de consumidores, quando muitos desses consumidores sequer conhecem sua condição de vítima, a falta de individualização da pessoa lesada não impediria a prática restaurativa, eis que uma entidade de defesa do consumidor, por exemplo, poderia assumir tal papel.”

Em arremate, Claudia Santos (2014, 598) assevera:

A ideia que se pretende vincar, relativamente à admissibilidade das práticas restaurativas quanto a crimes que ofendam em primeira linha valores supra-individuais, é a possibilidade de neles também se vislumbrar a existência de pessoas cujos interesses foram concretamente prejudicados pela infração, ou por se entender que todas o foram, ou por se considerar que algumas o foram mais directamente.

Poder-se-ia cogitar que a substituição da vítima por entidades coletivas (forma representativa) fugiria ao escopo maior da Justiça Restaurativa, que intenta permitir que o ofendido participe do processo diretamente, empoderando-o. Contudo, a título de contracrítica, não podemos deixar de rememorar que mesmo nos casos de crimes que afetam uma vítima individualizada, o encontro vítima-ofensor pode não ser recomendável, ou mesmo viável, pelo que o processo poderá se dar por meio de representantes do ofendido, sem que isso inviabilize a prática. (ZEHR, 2012 p. 58).

Braithwaite sinaliza, inclusive, que as pesquisas por ele realizadas demonstraram fortes evidências empíricas no sentido de que as práticas restaurativas funcionavam melhor quando os trabalhadores e sindicatos, representando as vítimas do crime, se envolviam no processo (2002, p. 63)¹⁰.

Ainda a corroborar a vantagem da representação, há ainda que se refletir sobre o fato de que as múltiplas vítimas podem se manifestar em desacordo entre elas mesmas e com os demais membros sobre a resposta que se propõe ao crime praticado. Efetivamente, a via do consenso é hercúlea, e se torna ainda mais árdua quando aumentamos o número de envolvidos.

Assim, a participação da entidade representativa (que poderia ser, *e.g.*, o Ministério Público ou associação que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público) facilitaria a operacionalização da prática restaurativa e permitiria uma resposta mais satisfatória à comunidade do que o sistema tradicional.

Outrossim, uma questão que merece detida reflexão quando se analisa a viabilidade da aplicação da justiça restaurativa aos crimes funcionais praticados por Prefeitos é a atenção ao fato de que os alcaides, por evidente, são diferentes dos

¹⁰A pesquisa referenciada teve como objeto os crimes cometidos nas minas de carvão, bem como a prevenção de acidentes e segurança no local. Não se trata, pois, de uma pesquisa direcionada aos crimes funcionais praticados por prefeitos, mas nos apropriamos dessa conclusão porque, no que pertine à eficiência da representação da vítima no processo restaurativo, ela se amolda às especificidades desse trabalho.

criminosos de ruas, que correntemente são referenciados nas práticas de justiça restaurativa, na medida em que o cargo que ocupam goza de prestígio e respeitabilidade, bem como lhes confere um elevado *status* social.

Outrossim, os crimes funcionais praticados por Prefeitos são delitos não violentos, cometidos, no mais das vezes, com o intento de auferir um ganho financeiro ou para, deliberadamente, violar as normas da Administração Pública.

A questão que se poderia ter em mente é que os Prefeitos, por vezes, são figuras destacadas no cenário da municipalidade e agem fraudulentamente para o seu próprio lucro (ou para terceiros favorecidos). Poderia a Justiça Restaurativa lidar com esse tipo de ofensor?

Zvi D. Gabbay aborda um caso julgado na Corte Superior do Quebec, Canadá, na qual o executivo Paul Coffin defraudou o governo canadense em mais de um milhão e meio de dólares, através do recebimento de dinheiro do governo de 1997 a 2002 por uma campanha publicitária que ele nunca executou. Coffin teve que hipotecar sua casa, retirar dinheiro de seus fundos de aposentadoria e pedir emprestado \$500.000,00 (quinhentos mil dólares) de amigos e familiares para devolver o dinheiro (um milhão de dólares) ao Poder Público. A acusação ainda requereu um termo de trinta e quatro meses na prisão, mas o Juiz da Corte Superior Jean-Guy Boilard indeferiu o pedido e sentenciou Coffin a dois anos de serviço comunitário, onde ele daria aulas de ética no negócio. Com base nesse caso, adotando como premissas o fato de que o réu confessou o crime, pediu perdão às suas vítimas -o povo canadense- e reparou o dano causado pelo crime, Gabbay questiona se o serviço comunitário, em vez da prisão, seria uma resposta demasiadamente leniente ou justificável. (2007, pp. 421 e 422).

E para tornar a reflexão ainda mais contundente, não se pode descurar do momento político que vive o país. Nos anos recentes, o povo brasileiro vem sendo exposto a uma série de escândalos políticos que levou, em muitos casos, à revelação de uma corrupção estrutural e à prisão de agentes políticos de destaque no cenário nacional. Na maior parte desses escândalos, deputados, senadores, governadores e empresários foram alegadamente engajados em operações criminosas que causaram extensos danos ao país, aos cidadãos, e à credibilidade e estabilidade da Administração Pública¹¹.

Diante desse questionamento, que pode se consubstanciar em um pujante obstáculo à viabilidade das práticas restaurativas aos crimes *sub examine*, alguns pontos precisam ser esclarecidos.

Os Prefeitos, no mais das vezes, não se encaixam no perfil engenhoso referenciado acima. Nem sempre os crimes funcionais praticados por alcaides são dotados de tanta elaboração e premeditação ou mesmo de tamanha gravidade. O nosso

¹¹ Por não ser o foco do nosso trabalho e, diante da complexidade da matéria, que desborda o limite de laudas desse artigo, optamos por não digredir a respeito do tema. Trata-se, como se sabe, de operação notória (lava-jato), cujos frutos podem ser consultados em várias matérias jornalísticas, de fácil acesso.

espectro de pesquisa abrange condutas como deixar de prestar contas ao órgão competente, em inobservância às disposições legais; deixar de fornecer certidões de atos ou contratos municipais, etc.

Aliás, é bom ressaltar, o Decreto-Lei nº 201/67, principal diploma normativo que rege os crimes praticados por Prefeitos, elenca 23 (vinte e três) tipos penais, sendo que 21 (vinte e um deles) cominam penas de três meses a três anos de detenção (art. 1º, §1º, do DL nº 201/67), a revelar, objetivamente, a menor censurabilidade da conduta, comportando, inclusive, vários institutos abrandadores, a exemplo da suspensão condicional do processo e a substituição por penas restritivas de direitos.

Lado outro, é preciso registrar que os crimes praticados por Prefeitos exigem um esforço substancial do sistema de Justiça Criminal. Em geral, os crimes funcionais, especialmente aqueles de magnitude maior (como os citados acima) são custosos e consomem muito tempo e energia dos operadores envolvidos. Exigem habilidades especiais dos órgãos de polícia e de persecução criminal; sua investigação e julgamento são muito complexos e consomem recursos judiciais consideráveis.¹²

Assim, é digno ressaltar, aprioristicamente, que a aplicação da Justiça Restaurativa nessa seara criminal deve se atentar a essas especificidades. Como visto anteriormente, a Justiça Restaurativa, ao se propor uma maneira diferente de pensar sobre o crime e a resposta ao crime, centra-se na necessidade de que os infratores assumam a responsabilidade por suas ações e pelos danos que causaram, objetivando a reparação para as vítimas, a recompensa aos infratores e a reintegração de ambos dentro da comunidade e exigindo, portanto, um esforço cooperativo de todos os atores envolvidos.

Uma grande crítica formulada pelos cultores da Justiça Restaurativa ao Sistema Tradicional de Justiça Criminal é a estigmatização dos ofensores. Nesse sentido, SICA aduz que a desjuridicização (e, em última análise, o modelo restaurativo) promove

“um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos “ricos” e penalizar “os pobres” e, ainda, a informalização possibilita

¹² Como se sabe, por conta do foro por prerrogativa de função dos Prefeitos, estes respondem à Ação Penal de forma originária no Tribunal de Justiça (se crime da Justiça Estadual) ou no Tribunal Regional Federal (se crime de competência da Justiça Federal), seguindo o processo criminal o rito da Lei nº 8.038/90. Nos termos do referido diploma, mais especificamente do seu art. 4º, o contraditório é exercido antes do recebimento da denúncia, é dizer o denunciado é notificado para apresentar a defesa prévia, antes que o Tribunal faça o juízo de admissibilidade da peça acusatória. A experiência prática demonstra que o trâmite de um processo dessa espécie é moroso de veras, o que pode ser facilmente constatado nas consultas de movimentação processual de uma Ação Penal Originária em um Tribunal Pátrio. Isso se deve a diversos fatores, dentre os quais a complexidade da matéria (os processos, não raramente, são bastante volumosos, com muitos documentos a serem analisados); a complexidade do rito; o distanciamento com o lugar das provas (o processo, por conta do foro por prerrogativa, necessariamente tramita na sede do Tribunal, que não raramente se encontra a centenas de quilômetros do município governado pelo Prefeito) e a complexidade do julgamento (pelo fato de o recebimento da denúncia ser feito por um órgão colegiado, há, tão só para a fase inaugural do processo, um dispêndio considerável de tempo, em razão da dificuldade para pautar o processo e para concluir o julgamento, na medida em que geralmente há sustentações orais, discussões extensas entre os julgadores, pedidos de vista, votos divergentes, etc.).

um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerentes à justiça formal”.
(2007, pp. 154 e 155)

Por essa razão, a Justiça Restaurativa tradicionalmente atribui grande valor à reintegração do agressor, objetivando a sua inserção integral no contexto de sua comunidade. Entende-se que o medo que o crime provoca vilipêndia o ofensor aos olhos da comunidade, além do que o encarceramento os separa dos seus laços anteriores. Para além disso, constata-se que mesmo após ser solto, o ofensor não raramente encontra dificuldades várias; não consegue emprego e, conseqüentemente, tem dificuldades para sustentar-se, comprar alimentos, roupas, habitação, transporte, etc.

Em suma, defendem os cultores da Justiça Restaurativa que o crime estigmatiza o ofensor, que passa a sofrer discriminação e grande dificuldade na tentativa de se tornar um cidadão produtivo.

A grande questão é que os Prefeitos, na maioria absoluta dos casos, não fazem parte do setor marginalizado da sociedade, pelo que o móvel dos crimes funcionais, no mais das vezes, não é a necessidade, mas a ganância. Como bem nota BRAITHWAITE, “o crime de colarinho branco realça o fato de que as oportunidades ilegítimas são agarradas não apenas para satisfazer necessidades, mas também para atender à ganância”¹³ (2000, p. 42).

Apesar de todas essas peculiaridades, isso não pode consistir em um impedimento à aplicação da Justiça Restaurativa aos crimes funcionais praticados por prefeitos. Deve-se exigir mais cuidado na condução das práticas, por evidente, mas o cargo, por si só, não pode ser tido como um obstáculo intransponível, máxime porque a responsabilidade criminal (e, com muito mais razão, as regras procedimentais e processuais) não pode ser determinada e baseada, tão somente, no status social do ofensor, sob pena de promover uma contundente e injustificada discriminação.

Demais disso, ‘por conta da morosidade no trâmite de uma Ação Penal Originária não é raro que os prefeitos terminem os seus mandatos no curso do processo, fazendo com que a eventual responsabilização penal já não mais tenha tanta visibilidade na comunidade afetada.

Diante da gravidade do problema, é necessário pensar em vias alternativas, do que emerge a importância da Justiça Restaurativa, a qual representa, antes de tudo, uma mudança de linguagem e orientação, de elevada importância não só para o rompimento com o paradigma punitivo, mas também como meio para propiciar um terreno fértil para a instauração de novas práticas, que só encontram lugar em um novo modo de pensar, com linguagem própria.

¹³ Tradução livre. No original: “White-collar crime highlights the fact that illegitimate opportunities are grasped not only to satisfy need but also to gratify greed”

O Prefeito ofensor poderia, através das práticas restaurativas, externar os motivos de sua conduta e tomar consciência dos reais efeitos resultantes da ofensa praticada, máxime da extensão dos danos causados, buscando amenizar, ainda, os resultados nocivos de sua prática delituosa.

Efetivamente, os alcaides, homens públicos que são, podem experimentar vergonha, uma perda de posição, perda de apoio político e de suporte comunitário; podem, ainda, ter a reputação manchada e um declínio na sua carreira.

Com a participação ativa da comunidade envolvida, reafirmar-se-ia o valor das normas constitucionais e penais, porque o atuar restaurativo pressupõe a compreensão, por parte dos destinatários, do conteúdo das suas decisões -o que não há, em razão do deficit comunicativo e de linguagem próprios do sistema penal.

Efetivamente, a participação livre e consentida oferecida pela Justiça Restaurativa expressa com muito mais eficiência um sentido de confiança no ordenamento e de reconhecimento da mensagem normativa, porque os envolvidos participam diretamente da construção da solução, discutindo, sob a insígnia do ordenamento jurídico penal, de forma democrática e de modo muito mais acessível, rompendo o déficit comunicativo próprio do sistema de justiça tradicional.

Além disso, o encontro tem um valor em si mesmo, que tem grande potencial preventivo, tanto negativo, quanto positivo, pois o prefeito-ofensor tem a chance real de ver os impactos do crime na comunidade, além do que se possibilita a internalização da norma e compreensão e valorização do preceito.

De fato, o ambiente em que é propiciada a prática restaurativa propõe uma nova ética de comunicação sobre o conteúdo da norma e estabelece novos canais de comunicação.

Com efeito, por meio das práticas restaurativas, passa-se a se discutir diversos fatores que não importam para o método tradicional, a exemplo das causas do crime, o contexto específico em que ocorreu, a maneira que a comunidade traduz aquela conduta, sua relação com a lei, etc.

Permitir àqueles que são afetados pela norma participar das discussões nas quais a sua validade é determinada incrementa a democracia da gestão pública da questão criminal. Com evidência, vítima, réu e comunidade participando da administração da justiça, expondo suas necessidades e a forma de adimpli-las, fortalece, e muito, a noção de democracia, hoje muito limitada à escolha de parlamentares (os quais definem crimes e penas, de maneira deveras seletiva, diga-se de passagem).

7. Considerações finais

Como visto, a nova realidade decorrente da globalização promoveu significativas mudanças na dogmática penal, bem como em sua principiologia, notadamente quanto

aos princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 94).

Por evidente, os reflexos da mudança também resvalam nas práticas restaurativas.

A questão é que estamos a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação entre os indivíduos alcançou níveis elevados, seja pelas necessidades de cooperação, seja pela imperiosidade da divisão de funções. Isso porque as esferas individuais de organização não são mais autônomas, tampouco autossuficientes, sendo crescente a interdependência dos indivíduos na vida social.

Inobstante, paradoxalmente, malgrado se possa falar de um incremento da interdependência social, há de se considerar, ao revés, uma “dessolidarização estrutural” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 35), consubstanciado num *modus vivendi* marcadamente individualista, na qual a noção de comunidade se esvaece, na medida em que os seus componentes mais se preocupam em satisfazer as suas próprias demandas que os interesses do corpo social.

Assim, um problema a ser pensado e resolvido, quando se pretende aplicar a justiça restaurativa aos delitos transindividuais é: quem dialogará com o ofensor? Esse problema se agudiza quando se tem em conta a própria diversidade e complexidade social, com uma pluralidade de pessoas, de realidades (econômicas, sociais e culturais) distintas, e ausência de uma ordem relativa de valores (ou preferências) generalizáveis, o que se soma, possivelmente, a uma falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau para a comunidade, constituindo, assim, uma fonte de incertezas e dúvidas.

Efetivamente, quando se está a tratar de Justiça Restaurativa nos delitos transindividuais, naturalmente se está a atribuir à sociedade civil um novo protagonismo. Daí que se produz uma mudança significativa quanto ao modelo de delito que tradicionalmente serviu de referência à construção da Justiça Restaurativa: em lugar do furto do autor individual, trata-se, *e.g.*, de abordar atos de corrupção, *lato sensu*, realizados por um Prefeito, que, por sua vez, comete delitos contra a municipalidade.

A questão se acentua sobremaneira quando o ofensor ocupa o cargo de Prefeito, figura notadamente pública, cujas decisões são alvo de intensa observação e críticas. Com efeito, as decisões de um prefeito não raramente são objeto de matérias jornalísticas, ou, mesmo em comunidades mais interioranas, onde não há uma imprensa escrita ou televisiva desenvolvida, costumam ser divulgadas em rádios locais ou em redes sociais.

Essa cobertura massiva, notadamente quando analisada em um contexto de “revolução das comunicações”¹⁴ (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 33), pode dar azo a

¹⁴ O epíteto foi utilizado por SILVA SÁNCHEZ para designar o fenômeno “que dá lugar a uma perplexidade derivada da falta -sentida e possivelmente real- de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter uma autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade -a da economia do conhecimento- caracterizada pela avalanche de *intirmações*. Estas, que de modo não infrequente se mostram contraditórias,

compreensões distorcidas, por vezes exageradas, da real dimensão do conflito, que, por consequência, pode dar lugar a uma insegurança ou aversão à figura do ofensor, a dificultar as práticas restaurativas.

Certamente deve-se alertar, também, sobre o perigo de o fator político distorcer a condução das práticas restaurativas, na medida em que o ofensor *sub examine* ocupa, por óbvio, um cargo eletivo. Dito de outro modo, deve-se buscar evitar que, em função da posição partidária, a resposta ao conflito incorra em excessos ou abrandamentos demasiados (impunidade).

Deve-se atentar, também, para que o fator político não distorça o objeto da discussão, ampliando por demasiado o contexto do delito, a fim de evitar que as práticas restaurativas, no contexto de resolução dos crimes previstos no Decreto Lei nº 201/67, se enveredem pela análise de outras condutas, não consideradas contrárias ao Direito, mas reprovadas socialmente (ou ao menos por parte da comunidade) como má gestão, adotando-se contra ela as reações sociais correspondentes. É dizer, deve-se evitar que a Justiça Restaurativa se torne, tão só, palco de críticas ou elogios à atuação política do gestor municipal, descurando-se do real motivo que ensejou o seu surgimento (das práticas restaurativas), qual seja, o crime por ele praticado.

Por evidente não se descarta que as questões atinentes ao funcionamento da comunidade enquanto tal devem permear as discussões sobre a resolução do conflito, próprias das práticas restaurativas, mas o que se busca evitar é a discussão dos macroproblemas, estruturais ou sistêmicos, de cunho eminentemente político, que desbordam o delito em apuração, que potencialmente tornariam o espaço restaurativo em um terreno de argumentos populistas de puro caráter eleitoral.

O tema ganha especial importância quando se tem em conta que no momento atual, o tema no debate social não é a criminalidade dos desvalidos, dos marginalizados (*lower class crime*) que foi objeto da doutrina penal durante os séculos XIX e XX, mas, sim, a criminalidade dos poderosos e das empresas (SILVA SANCHEZ, 2002, pp. 54 e 55). Dito de outro modo, a reflexão jurídico-penal tem avançado para além do estudo de delitos clássicos (o homicídio, delitos passionais e os crimes contra o patrimônio) e se debruçado sobre os delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful*, o que também pode ser aplicado à Justiça Restaurativa.

Compreendemos, contudo, que mesmo nessa sociedade que carece de consenso sobre determinados valores, as práticas restaurativas surgem como uma alternativa apropriada, imbuída de uma missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade. Com efeito, intenta-se que, com a Justiça Restaurativa, na qual a coletividade se autocompreende antes de mais nada como vítima, sejam mais facilmente

fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza”. (2002, pp. 33 e 34)

obtidos a sensação de satisfação com a resolução do conflito e o sentimento de pertencimento.

A proposta, portanto, tem finalidade político-criminal que não se reduz a uma mera consideração utilitarista de eficiência empírica, mas compreende, essencialmente, considerações valorativas que tratam de extrair de um princípio de respeito à participação popular e às garantias do indivíduo.

Referências:

- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*. São Paulo, Editora 34, 2011.
- BRAITHWAITE, John. *Poverty, Power, White-Collar Crime and the Paradoxes of Criminological Theory*. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Poverty%20Power%20White%20Collar%20Crime%20and%20the%20Paradoxes%20of%20Criminological%20Theory.pdf>. Acesso em 02 de maio de 2017.
- _____. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.
- COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 5ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DI PIETRO, Thiago Palaro. *A possibilidade de Justiça Restaurativa nos crimes de colarinho branco*. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.
- ESTEVES, Raúl. *A novíssima Justiça Restaurativa e a Mediação Penal*. In: DUARTE, Caetano *et al* (org.). *Sub Judice Justiça e Sociedade*. Coletânea de Artigos. Portugal: Editora Almedina, 2006. pp. 53-64.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal*. Coimbra, Livraria Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, 2004. Madrid.
- GABBAY, Zvi. *Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime*. In *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, nº 421: New York, 2007.
- GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JACCOUD, Mylène. *Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa*. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (org.). *Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. pp. 163-186.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. 1ª ed.
- PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Crimes funcionais de prefeitos: Decreto-lei 201/67*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Crimes de responsabilidade dos prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2009. n. 68, pp. 39-
- PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos, CEBRAP, São Paulo, pp. 39-60, mar-2004.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *Crimes funcionais de prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *Um crime, dois conflitos (e a questão, revistada, do roubo do conflito pelo estado)*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 17, n. 3, p.459-474, jul.set. 2007
- _____. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século 21; v. 11).
- UMBREIT, Mark S; COATES, Robert B.e VOS, Betty. *Victim-Offender Mediation: Three Decades of Practice and Research*. Conflict Resolution Quaterlu, vol. 22, no. 1-2, Fall-Winter 2004., p 279-303.
- VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça*. Tradução de Tônia Van Acker – São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. *Justiça Restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Editora Palas Athena, 2012O

AGRONEGÓCIO E O IMPACTO DA DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO FUNRURAL

AGRIBUSINESS AND THE IMPACT OF THE FUNRURAL CONSTITUTIONAL DECISION

Murilo Couto Lacerda¹
Universidade de Rio Verde

Renata de Almeida Monteiro²
Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Histórico da Legislação a Declaração de Inconstitucionalidade do FUNRURAL; 3. As Decisões Paradigmas da Suprema Corte Brasileira; 4. A Insegurança Jurídica ao Agronegócio e a Tentativa de Minimizar Impactos por Medida Provisória; 5. Considerações finais; 6. Referências

1. Introdução

A presente pesquisa tem por objeto a análise da inconstitucionalidade da contribuição social incidente sobre a receita bruta decorrente da comercialização da produção rural destinada à Seguridade Social, devida pelo produtor rural pessoa física empregador e as posições adotadas pelo STF – Supremo Tribunal Federal ao longo do tempo.

Trata-se de enredo atual, haja vista que no dia 03 de fevereiro de 2010, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE (Recurso Extraordinário) nº 363.852/MG, declarou a inconstitucionalidade da contribuição, que, muito embora tenha sido em controle difuso de constitucionalidade, gerou expectativa de direito a toda uma cadeia produtiva; mudou seu posicionamento em 30 de março de 2017, quando reconheceu a constitucionalidade da contribuição, no RE 718.874, com repercussão geral reconhecida, ocasionando desfecho danoso aos produtores rurais que questionaram a impossibilidade de cobrança com base em entendimento anterior; e editou, no dia 31 de julho de 2017, a Medida Provisória nº 793, que institui o programa de regularização tributária rural junto a Secretária da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional,

¹ Doutorando em Direito pelo UNICEUB, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO, Especialista em Processo Civil, Advogado e Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – GO.

² Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Professora Adjunta de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde/GO e Advogada.

justamente para tratar dos efeitos nefastos que a decisão de constitucionalidade trouxe a cadeia produtiva do agronegócio – o produtor rural.

Parte-se da hipótese que as decisões díspares proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem causar latente insegurança jurídica.

A metodologia utilizada será a qualitativa com pesquisa bibliográfica, além do estudo de caso do FUNRURAL com base nas decisões díspares da Suprema Corte Brasileira.

Além de enfrentar a análise da constitucionalidade do FUNRURAL, a pesquisa ainda aborda a segurança ou insegurança jurídica das decisões do STF abarcando, para tanto, os conceitos basilares do princípio.

Ao final, estuda-se ainda a Medida Provisória 793, de julho de 2017; tudo com uma ótica transdisciplinar, que não permite analisar a questão citada sem tocar na crise econômica enfrentada pelo Brasil na atualidade e na necessidade de aumento da arrecadação.

2. Do Histórico da Legislação a Declaração de Inconstitucionalidade do FUNRURAL

A Contribuição Social Rural, ou Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL), refere-se a uma contribuição social criada para o custeio do Regime Geral de Previdência³. Apesar do uso corrente do termo – FUNRURAL - a contribuição não mais subsiste, tendo sido exigível até outubro de 1991, como será demonstrado.

Antes do advento da Constituição de 1988, havia uma separação entre o regime previdenciário Urbano e o Rural. O primeiro era custeado por contribuições habituais dos empregados, dos empregadores, dos autônomos, entre outros enquanto que o segundo era mantido por contribuições aos Fundos Rurais então existentes: Fundo de Previdência Rural e Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Sua origem, portanto, remonta a 1963 quando, através da instituição do Estatuto do Trabalhador Rural, pela Lei nº 4.214/63, foi criado o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL), uma instituição autárquica.

Em 1971, a Lei Complementar nº 11, criou o PRORURAL – Programa de Assistência ao Produtor Rural e alterou a forma de custeio do FUNRURAL, que, até então, exigia 1% sobre a comercialização dos produtos agropecuários. A nova norma passou a exigir 2% de contribuição sobre o valor comercial dos produtos rurais e outros

³ Conforme definição de RIZZARDO, A. Curso de Direito Agrário. 3. Ed. rer. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015 (p. 417).

2,4% sobre a folha de salários paga pelos empregadores; valores estes posteriormente alterados.

Já em 1977, a Lei nº 6.439/77, passou a administração do PRORURAL para o Instituto Nacional de Previdência Social e extinguiu o FUNRURAL como instituição autárquica.

A grande mudança do sistema previdenciário rural ocorreu em 1988 com o advento da atual Constituição Federal, cujo art. 195 estabeleceu a unificação dos regimes de previdenciários Urbano e Rural com a adoção do princípio da universalização e a equivalência entre os benefícios rurais e urbanos.

Posteriormente, o PRORURAL também foi extinto pela Lei nº 8.213/91 e, a partir de então, a pessoa física dedicada a atividade rural com auxílio de empregados, passou a contribuir como se pessoa jurídica fosse, ou seja, somente sobre a folha de salário de seus empregados (art. 15, parágrafo único, da Lei nº 8.212/91).

De outro lado, a Lei nº 8.212/1991, que já comportou sucessivas alterações, indica como contribuinte individual, a pessoa física, proprietária ou não, que explora atividade agropecuária, a qualquer título, em caráter permanente ou temporário, em área superior a 4 (quatro) módulos fiscais⁴; ou, quando em área igual ou inferior a 4 (quatro) módulos fiscais ou atividade pesqueira, com auxílio de empregados ou por intermédio de prepostos (art. 12, V, “a”, da Lei 8.212/91).

Se, contudo, o produtor rural não contar com empregados em seu empreendimento, a contribuição para a seguridade social passa a ser feita na condição de segurado especial⁵ (e não mais como contribuinte individual) e se dá mediante a aplicação da alíquota de 2,1%, aplicável sobre a receita bruta decorrente da comercialização da produção, conforme art. 25 da Lei nº 8.212. Neste ponto, esclareça-se que o legislador ordinário, ao editar o artigo 25 da citada lei, valeu-se da competência do art. 195, §8º da Constituição Federal⁶.

⁴ Módulo fiscal é um conceito introduzida pela Lei nº 6.746/79, que altera o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64); corresponde a área mínima necessária a uma propriedade rural para que sua exploração seja economicamente viável. O tamanho do módulo fiscal para cada município está fixado através de Instruções Especiais (IE) expedidas pelo INCRA.

⁵ Segurado especial é a categoria de segurado rural obrigatório da Previdência Social, consoante estabelecido no art. 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91. (In BARROS, W. P. Curso de Direito Agrário. 7. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 263.

⁶ Para melhor compreensão e clareza, segue o dispositivo citado da CF/88:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Assim, o produtor rural que sempre explorou a atividade com o concurso de empregados, não estaria submetido ao pagamento da contribuição social a que se refere o artigo 195, §8º, da Constituição da República do Brasil.

Ocorre, entretanto, que a Lei 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII; 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei 8.212/91, estabeleceu que o produtor rural pessoa física, que até então contribuía ao regime de previdência como contribuinte individual, passou a recolher, ademais do que já arcava, com a exação incidente sobre a receita bruta decorrente da comercialização de sua produção rural, também como fonte de custeio da Seguridade Social, a uma alíquota de 2,1%. Posteriormente, a Lei nº 9.528/97 ratificou tudo quanto previsto pela Lei nº 8.540/92, esclarecendo a qualidade de empregador do sujeito passivo da contribuição.

Já em 2001, com o advento da Lei nº 10.256, o produtor rural pessoa física, que contasse com empregados em sua atividade, deixaria de contribuir como contribuinte individual (art. 22, I e II, da Lei nº 8.212/91) e passaria a arcar somente com a receita bruta da comercialização de sua produção.

Em síntese, quando a Lei 8.540/92 passou a exigir mais uma contribuição do produtor rural empregador, destinadas ao custeio da seguridade social, proveniente da receita bruta da comercialização, contrariou as normas contidas no artigo 195, I e §§ 4º e 8º; artigo 154, inciso I; e artigo 146, inciso III, todos da Constituição Federal, o que se passa a explicar.

Com efeito, à época da edição da Lei 8.540/92, dispunha o art. 195, I e §8º, da Constituição da República que somente eram cabíveis as seguintes contribuições sociais:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - **dos empregadores**, incidente sobre a folha de salários, **o faturamento** e **o lucro**;

§ 8º - O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (grifo nosso)

O art. 195, I, da Constituição Federal, não concedia competência à União para exigir contribuição social a incidir sobre a “receita da comercialização” (receita bruta), mas, apenas, sobre o “faturamento” e o “lucro”.

Então, se a “receita bruta”, na redação vigente à época da edição da Lei nº 8.540/92, não representava uma possível fonte de custeio da seguridade social incidente sobre os empregadores, a inovação trazida pela Lei 8.540/92, deveria cumprir com os requisitos constitucionais para a criação de novas fontes de custeio, conforme artigos

195, §4º e 154, I, que inclui a lei complementar como fonte legislativa. Malgrado isso, a Lei nº 8.540/92, foi votada como lei ordinária.

A falha revelou-se ainda mais pungente quando o Congresso Nacional apressou-se em aprovar, em 1998, a Emenda Constitucional nº 20, a qual deu nova redação ao art. 195, I, da CF, para incluir na sua base de cálculo da contribuição social em referência, a receita proveniente da comercialização da produção rural de empregadores, cuja transcrição mostra-se indispensável:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

b) a **receita ou o faturamento**; (grifo nosso)

Desta forma, percebe-se que a base econômica da exação imposta pela Lei 8.540/92, por ocasião da sua entrada em vigor, não encontrava, antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, amparo constitucional a lhe conferir validade; exigia, portanto, lei complementar.

Sobre o assunto, o STF, proferiu julgamento em cujo teor do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, consignou-se entendimento de que receita bruta e faturamento são termos distintos e não se confundem, tanto que a Emenda Constitucional nº 20/98 inseriu, ao lado do vocábulo “faturamento”, no inciso I do artigo 195, o vocábulo “receita”. O voto ainda destacou que, na redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, tratando-se de empregador, a contribuição decorreria da folha de salários, do faturamento ou do lucro, não sendo prevista a possibilidade de se ter cumulação em virtude de ato normativo ordinário⁷. Assim, a lei que instituiu a contribuição social sobre a “receita bruta”, anteriormente a EC nº 20/98, estaria ferida de inconstitucionalidade formal, pois deveria ter ingressado no ordenamento jurídico por meio de lei complementar.

Neste sentido foi o posicionamento do STF com a declaração incidental de inconstitucionalidade no RE 363.852/MG que teve efeito *inter partes* e *ex tunc*, ou seja, operou com efeitos retroativos. Isso significa dizer que, para as partes litigantes, a norma

⁷ O voto do Ministro Relator Marco Aurélio no RE 363.852/MG, está disponível pelo link: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-marco-aurelio-funr.pdf>>. Acesso em 30/07/2017.

declarada inconstitucional seria nula⁸ de pleno direito, estando fulminadas todas as relações jurídicas surgidas desde a sua promulgação⁹.

Por tudo isso, no Informativo do STF de nº 573, divulgado em 11 de fevereiro de 2010, ficou consignada a ausência de obrigação de retenção e recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por sub-rogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/92, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional 20/98, viesse a dar lastro a contribuição.

Além disso, os produtores rurais pessoas físicas, por serem equiparados a pessoas jurídicas por força da legislação de imposto de renda, já teriam sua produção rural tributada pela COFINS (outra fonte de custeio da previdência), de modo que a configurar *bis in idem*. Tudo porque o art. 195, I, “b”, da CF, determina que o fato gerador da COFINS seja o faturamento auferido por pessoas jurídicas e as físicas a elas equiparadas (produtor rural).

Neste ponto, exsurgiu a duplicidade contrária à Constituição, pois o produtor rural passou a estar compelido a duplo recolhimento, com a mesma destinação, ou seja, o financiamento da seguridade social recolhe, a partir do artigo 195, inciso I, alínea “b” (COFINS) e a contribuição prevista no referido no artigo 25, incisos I e II, da Lei nº 8.212/ 1991.

Diante da duplicidade de contribuições cobradas pelos produtores rurais empregadores, o princípio da isonomia, previsto no art. 150, II, da CF, passou a ser afrontado. Afinal, produtor rural pessoa física com empregados, afora a contribuição prevista no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.212/91, incidente sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção, também estaria obrigado ao recolhimento da contribuição sobre a folha de salários.

Consagrou-se, assim, o entendimento de existência de bitributação, de ofensa ao princípio da isonomia e da criação de nova fonte de custeio sem lei complementar e,

⁸ Os atos normativos declarados como inconstitucionais pelo STF de maneira incidental, desfazem-se desde a sua origem sendo considerados nulos, mas somente tem aplicação para as partes e no processo em que houver sido citada a sua declaração (*In*, MORAES, A. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 690).

⁹ O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário para desobrigar os recorrentes da retenção e do recolhimento da contribuição social ou do seu recolhimento por subrogação sobre a “receita bruta proveniente da comercialização da produção rural” de empregadores, pessoas naturais, fornecedores de bovinos para abate, declarando a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.540/92, que deu nova redação aos artigos 12, incisos V e VII, 25, incisos I e II, e 30, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação atualizada até a Lei nº 9.528/97, até que legislação nova, arrimada na Emenda Constitucional nº 20/98, venha a instituir a contribuição, tudo na forma do pedido inicial, invertidos os ônus da sucumbência. Em seguida, o Relator apresentou petição da União no sentido de modular os efeitos da decisão, que foi rejeitada por maioria, vencida a Senhora Ministra Ellen Gracie. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 03.02.2010. O acórdão transcrito no RE 363852, está disponível através do link: <(http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2071943), consulta em 10/02/2010.

ainda, de que a incidência da contribuição sobre a receita bruta proveniente da comercialização pelo empregador rural, pessoa natural, constituiria nova fonte de custeio criada sem observância do art. 195, § 4º, da CF, uma vez que referida base de cálculo difere do conceito de faturamento e do de receita¹⁰.

3. As Decisões Paradigmas da Suprema Corte Brasileira

A inconstitucionalidade foi, pois, manifesta, ou seria o caso de constitucionalidade?

O principal argumento para a inconstitucionalidade da exação criada pelo art. 1º da Lei 8.540/92, foi a falta de lei complementar, eis que a instituição de contribuição sobre a receita bruta proveniente da comercialização de produção rural, por empregador rural pessoa física, diverge do conceito de faturamento e receita indicados no art. 195, I, da Constituição Federal. Logo, em se tratando de nova fonte de custeio, não poderia ter sido implementada por lei ordinária, razão pela qual malferiu a norma contida no art. 195, §4º; 154, I; e, 146, III, da Carta Magna.

Desta forma, no primeiro momento, com decisão proferida em 2010, considerou-se não ser constitucional que o produtor rural fosse obrigado a pagar, mediante o desconto do preço da comercialização de seus produtos, uma contribuição social que não atendia aos critérios adequados de instituição – a unanimidade – pelo STF. Neste sentido manteve-se o posicionamento do STF; pela inconstitucionalidade da exação¹¹.

No entanto, sete anos depois, em 2017, ficou consignado que a mesma contribuição seria constitucional, devendo o produtor rural empregador, por consequência, recolher a contribuição social.

A mudança de posicionamento da Suprema Corte Brasileira foi revelada no dia 30 de março de 2017, pelo reconhecimento da constitucionalidade da contribuição do empregador rural pessoa física, no RE 718.874, com repercussão geral reconhecida,

¹⁰ Tal posicionamento pode ser confirmado no Informativo 573 do STF através do link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo573.htm>. Acesso em 30/07/2017.

¹¹ Para ilustrar a manutenção do posicionamento do STF, já em 2011, segue a ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA. EMPREGADOR RURAL PESSOA FÍSICA. INCIDÊNCIA SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.212/1991, NA REDAÇÃO DADA PELO ART. 1º DA LEI 8.540/1992. INCONSTITUCIONALIDADE. I – Ofensa ao art. 150, II, da CF em virtude da exigência de dupla contribuição caso o produtor rural seja empregador. II – Necessidade de lei complementar para a instituição de nova fonte de custeio para a seguridade social. III – RE conhecido e provido para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 8.540/1992, aplicando-se aos casos semelhantes o disposto no art. 543-B do CPC. (RE 596177, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-165 DIVULG 26-08-2011 PUBLIC 29-08-2011 EMENT VOL-02575-02 PP-00211 RT v. 101, n. 916, 2012, p. 653-662).

ajuizado pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4, que afastou a incidência da contribuição objeto deste estudo¹².

Conforme depreende-se do julgamento, o relator, Ministro Edson Fachin; a Ministra Rosa Weber; e os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, votaram por negar provimento ao recurso da União e, conseqüentemente, pela manutenção da inconstitucionalidade da contribuição¹³. O Ministro Relator sustentou, na ocasião, a necessidade de edição de lei complementar para a criação do tributo e defendeu a inconstitucionalidade material da norma, uma vez que não há motivo para se tratar de forma diferente o contribuinte rural e urbano, sob pena de violação do princípio da isonomia, tudo em consonância com o entendimento anterior¹⁴.

O Ministro Alexandre de Moraes, contudo, acendeu a divergência¹⁵, pelo provimento do recurso, sob o argumento de que a Lei 10.256/2001, que seria posterior a EC 20/1998, foi suficientemente clara ao alterar o *caput* do artigo 25 da Lei 8.212/1991 e restabelecer a cobrança da contribuição social, substituindo as leis anteriores, consideradas inconstitucionais. Segundo seu voto, os incisos do artigo 25 da Lei

¹² A notícia sobre referida mudança de posicionamento foi divulgada no sítio de notícias do STF e pode ser acessada pelo link: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339602>>. Acesso em 05 de agosto de 2017.

¹³ Segue a decisão de julgamento: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e negava-lhe provimento, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, e os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente), que conheciam do recurso extraordinário e davam-lhe provimento, o julgamento foi suspenso para colher, na próxima assentada, os votos dos Ministros ausentes. Falaram: pela recorrente, o Dr. José Péricles Pereira de Sousa, Procurador da Fazenda Nacional; pelo recorrido, o Dr. Paulo Costa Leite; pelo *amicus curiae* Associação Nacional de Defesa dos Agricultores Pecuáristas e Produtores da Terra – ANDATERRA, o Dr. Felisberto Córdova; pelo *amicus curiae* ABIEC - Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes, o Dr. Eduardo Maneira; e, pelo *amicus curiae* ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DO ARROZ – ABIARROZ, o Dr. Maurício Pereira Faro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.3.2017. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4320595>>. Acesso em 30 de julho de 2017.

¹⁴ A divergência de votos pode ser verificada pelo link de notícias do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339602>>. Acesso em 06 de agosto de 2017

¹⁵ Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 669 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e a ele deu provimento, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Em seguida, por maioria, acompanhando proposta da Ministra Cármen Lúcia (Presidente), o Tribunal fixou a seguinte tese: "É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção", vencido o Ministro Marco Aurélio, que não se pronunciou quanto à tese. Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Plenário, 30.3.2017. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4320595>>. Acesso em 30/07/2017.

8.212/1991 nunca foram retirados do mundo jurídico e permaneceram perfeitamente válidos. Segundo destacou no voto, houve a possibilidade de aproveitamento¹⁶.

Na nova fundamentação, passou-se a considerar que o legislador, ao editar a Lei nº 10.256/01, no ponto referente à substituição do art. 25 da Lei 8.212/91, procedeu tão-somente à alteração do *caput* da norma jurídica. Os demais dispositivos do artigo, em especial os incisos I e II, contudo, não foram alterados, mantendo-se, portanto a hipótese de incidência e o sujeito passivo da relação tributária (por alteração do *caput* do artigo 25 da Lei nº 8.212/91), bem como a base de cálculo e a alíquota (por ratificação, aproveitamento da redação dada pela Lei nº 9.528/97 aos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.212/91) daquela exação.

Em continuidade ao julgamento, foi concluído que a Lei 10.256/2001, ao dar nova redação ao *caput* do artigo 25 da Lei 8.212/1991, respeitou a técnica legislativa e, ainda, a constitucionalidade da contribuição estaria abrangida pela expressão “receita”, constante do artigo 195 (inciso I, alínea ‘b’) da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20/1998.

Com a devida vênia, a Lei nº 10.256, instituiu contribuição social sem fixar para as pessoas físicas empregadores rurais o fato gerador, a base de cálculo da contribuição e a alíquota, eis que alterou apenas o *caput* do art. 25 da Lei 8.212/91.

A mudança de posicionamento afetou fortemente o setor do agronegócio brasileiro, mas, por outro lado, não é demais destacar a crise econômica enfrentada atualmente pelo Brasil. Segundo revista econômica brasileira, dentre as dificuldades do governo na área fiscal, o setor público, foi revelado com déficit primário de R\$ 19,552 bilhões em junho de 2017, sendo o pior resultado desde dezembro de 2001. Ademais disso, prospecta-se um rombo de R\$ 139,0 bilhões para o Governo Central em 2017¹⁷.

Com estas prospecções, o que se questiona quanto a mudança de posicionamento, é se a mudança enfrentada revela decisão jurídica ou política. Tal questionamento ganha ainda mais força, quando se conclui que a mudança de posicionamento do STF garantiria aos cofres públicos uma arrecadação que pode variar entre R\$ 7 a R\$ 10 bilhões¹⁸, sem afastar a insegurança jurídica gerada.

¹⁶ A íntegra da mudança de posicionamento do STF pode ser acessada pelo link de notícias do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339602>. Acesso em 05 de agosto de 2017.

¹⁷ Os dados econômicos citados foram coletados no sítio da Revista eletrônica Época Negócios, na matéria “Rombo das contas públicas é o pior resultado para junho desde 2001”, através do link: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/07/rombo-das-contas-publicas-atinge-r-19552-bilhoes-em-junho-revela-bc.html>>. Acesso em 06 de agosto de 2017.

¹⁸ A prospecção foi apresentada com base em matéria “Decisão sobre Funrural impõe dívida bilionária a produtores rurais”, na Revista Globo Rural, de autoria de Raphael Salomão e Venilson Ferreira, disponível no link: <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Politica-e-negocios/noticia/2017/03/decisao-sobre-funrural-impoe-divida-bilionaria-produtores-rurais.html>>. Acesso em 30/07/2017.

4. A Insegurança Jurídica ao Agronegócio e a Tentativa de Minimizar Impactos por Medida Provisória

O princípio da segurança jurídica que consiste em um dos cabeçalhos basilares do ordenamento jurídico brasileiro e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, estando correlacionado com os direitos fundamentais. O princípio não está previsto expressamente na Carga Magna de 1988, entretanto, é encontrado de forma implícita, ao passo que o art. 5º, XXXVI, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Lei de Introdução às Normas ao Direito Brasileiro, por sua vez, dispõe em seu art. 6º, §§ 2º e 3º, que consideram-se adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem; e coisa julgada refere-se a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Desta forma, nota-se que, tanto a Constituição, quanto a legislação infraconstitucional, corroboram fundamentos para que o poder judiciário utilize parâmetros para garantir o Estado Democrático de Direito, através da manutenção da estabilidade jurídica.

Em sua obra de direito constitucional, Canotilho ratifica que os institutos do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada são intimamente correlacionados com o princípio da segurança jurídica, conforme se segue:

Os princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos¹⁹.

De igual modo, e analogicamente, percebe-se que o princípio da segurança jurídica está previsto implicitamente no Código de Processo Civil, quando trata dos institutos da preclusão e da prescrição.

Além disso, tem-se que, em regra, os Tribunais Superiores devem seguir a mesma linha de raciocínio para situações similares, mantendo uniformidade de seus julgados.

Nessa esteira dispõe o art. 927, §4º, do Código de Processo Civil:

Art. 927 (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de

¹⁹ In CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ed. Coimbra: Almeida, 1995 (p. 373).

fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Noutro lado, tal princípio encontra amparo legal expresso na Lei nº 9.784/1999 em seu art. 2º, considerando que “a administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Ainda, o inciso XIII do mesmo art. 2º da Lei nº 9.784/1999, prevê a irretroatividade de nova interpretação, vejamos: “Interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Para Marinoni, a segurança jurídica no Estado de Direito como: “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser Estado de Direito”²⁰.

Assim, o princípio da segurança jurídica é inafastável para a estabilidade das decisões, com o intuito de preservar e proteger a expectativa das pessoas; caso contrário, estaríamos diante do exato oposto - a insegurança jurídica.

A imprevisibilidade, a mutabilidade, e ausência de uniformidade das decisões judiciais não só viola o princípio da segurança jurídica, como também da proteção da confiança, que implica em que o cidadão possua o direito de confiar nos atos emanados pelo Estado, sobretudo os atos praticados pela Suprema Corte.

Impende ressaltar que a uniformidade no momento em que se aplica o direito é defendida por vários processualistas, com o fim de se evitar a surpresa ao final dos processos, causando a instabilidade jurídica e social.

O entendimento é corroborado pelos ensinamentos de Araken de Assis²¹ que sintetiza que a preocupação com julgamentos uniformes para casos similares sempre existiu em todos os ordenamentos e épocas, e interessa à ordem jurídica hígida e justa, mais do que alhures, a erradicação da incerteza quanto ao direito aplicável às lides.

Destarte, percebe-se que as decisões judiciais díspares promulgadas pelo STF, causam ou podem causar segurança ou insegurança jurídica; tudo a depender de seus efeitos, modulares ou não.

A segurança jurídica é inafastável para se concretizar a justiça, uma vez que o ordenamento jurídico deve ser dotado de estabilidade e continuidade.

²⁰ In MARINONI, L. G. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, dez. 2010 (p. 25-42).

²¹ In ASSIS, A. de. Manual dos recursos. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (p. 805).

A demasiada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males causados pela insegurança jurídica, ao ponto de enfraquecer o regime democrático de Direito, viola a economia, além de atingir frontalmente o agronegócio no início de sua cadeia produtiva - o produtor rural.

Nesse diapasão leciona Fábio Ulhoa Coelho que:

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de qualquer país. Os investidores, atentos à elevação do risco, tendem a não se contentar com retornos razoáveis (os que estimariam como tais em outras economias com marcos institucionais estabilizados). Ao invés de investidores de longo prazo, aos quais interessa um maior comprometimento com o lugar da inversão, esse desequilíbrio acaba atraindo especuladores, *risk makers*, interessados unicamente em aportar seus capitais onde terão, a curtíssimo prazo, o melhor retorno²².

No que tange ao FUNRURAL, diante da primeira decisão do STF, proferida em 2010, inúmeros produtores rurais propuseram ação judicial para terem assegurado o direito de reaver os valores pagos indevidamente em virtude da inconstitucionalidade da lei e do efeito *inter partes* ao qual estava submetida.

Recentemente, no mês de março de 2017, o STF alterou seu posicionamento, reconhecendo a legalidade da cobrança do FUNRURAL, causando uma instabilidade jurídica, e conseqüentemente gerando grande prejuízo aos produtores rurais, que se viram a mercê da insegurança jurídica.

Outrossim, constata-se que a decisão recente do Supremo Tribunal Federal não só tem cunho político, como também econômico, principalmente se considerarmos o momento de instabilidade financeira do país. Todavia, trazer ao Poder Judiciário resultados exageradamente políticos e econômicos, suprimindo a legalidade e supervalorizando a hermenêutica de interesses, tem como consequência diversos prejuízos aos operadores do direito, a sociedade, ao produtor rural, ao agronegócio e sobretudo a ordem econômica e social, pois o apenado é o contribuinte.

Diante de tal decisão, e para discutir o assunto e encontrar soluções, a Federação da Agricultura e Pecuária de Goiás (Faeg) e os Sindicatos Rurais de diversas regiões se reuniram na capital do Estado de Goiás, Goiânia, para delinear estratégias a serem tomadas frente a surpreendente declaração de constitucionalidade do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), bem como pontuar quais seriam os riscos para a economia brasileira, tamanha a repercussão no setor ruralista.

O governo federal, percebendo a repercussão que tais decisões poderiam causar no agronegócio, editou no dia 31 de julho de 2017, a Medida Provisória nº 793, que

²² COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. Disponível em: < <https://www.pressreader.com/brazil/valor-econ%C3%B4mico/20061110/282479999295505>> Acesso em 28/07/2017.

institui o programa de regularização tributária rural junto a Secretária da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional.

A Medida Provisória foi uma forma do governo minimizar os prejuízos que poderiam ser causados pela insegurança jurídica instalada pelas decisões dispares prolatadas pela Suprema Corte brasileira em um espaço tão curto de tempo. A MP 793/2017 define que a alíquota, para quem estava em dia com o Funrural, será reduzida do seu valor atual para 1,5%.

Para quem estava devendo, a cobrança será de 1,5% mais 0,8%, sendo esse último percentual relativo ao pagamento da dívida. Ao aderir ao programa, o produtor rural pessoa física, deve se comprometer com o pagamento mínimo de 4% do valor da dívida, sem reduções, em até quatro parcelas de 1% entre setembro e dezembro de 2017. Para o saldo restante da dívida, serão descontados 100% dos juros e 25% das multas e encargos legais. O pagamento será dividido em 176 meses (14 anos e oito meses). Se ao final do prazo de 176 meses ainda houver resíduo a pagar, esse montante poderá ser parcelado em 60 meses, sem reduções.

Não é demais ressaltar que a medida provisória pende de votação para sua conversão em lei, ou não.

5. Considerações finais

A Seguridade Social engloba um conjunto de ações e normas emanadas do Estado e da sociedade para o desenvolvimento e assecuração dos direitos relativos à saúde, previdência e assistência social. Os custos disso, devem ser financiados por toda a sociedade, o que é inegável.

A presente pesquisa, deteve-se, especificamente, na análise da contribuição destinada à Seguridade Social devida pelo produtor rural pessoa física empregador.

Não há dúvidas, cotejando a revisão bibliográfica investigada e mesmo o posicionamento primeiro do STF, de que a contribuição é inconstitucional.

Efetivamente, o legislador infraconstitucional, ao instituir a contribuição em tela por meio da Lei Ordinária nº 8.540/92, incorreu em insanável vício de constitucionalidade, haja vista a determinação para que, em casos tais, o legislador ordinário se utilize da regra de competência residual da União, que exige lei complementar. Além disso, incorreu em *bis in idem* e feriu o princípio da isonomia.

A declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, atine à validade da norma. A partir da sua invalidade, exsurge o direito do contribuinte à repetição do indébito tributário. Foi o que se deu com o FUNRURAL e o primeiro posicionamento do STF, que julgou inconstitucional a exação. Por consequência disso, os produtores rurais empregadores passaram a ingressar com pedidos judiciais para reaverem os valores indevidamente pagos. Contudo, o STF, passou a enxergar constitucionalidade na mesma norma já flamejada de inconstitucionalidade.

Pelo novo entendimento, passou-se a considerar que a Lei nº 10.256/01 procedeu, tão-somente, a alteração do *caput* da norma jurídica e que os demais dispositivos do artigo (incisos I e II), não haviam sido alterados, mantendo-se, portanto, a hipótese de incidência e o sujeito passivo da relação tributária, a base de cálculo e a alíquota (por ratificação ou aproveitamento pela Lei nº 9.528/97 aos incisos I e II do art. 25 da Lei nº 8.212/91).

Não se cala a indignação do posicionamento, vez que, a Lei nº 10.256, em verdade, instituiu contribuição social, sem fixar para as pessoas físicas empregadores rurais o fato gerador, a base de cálculo da contribuição e a alíquota, eis que alterou apenas o *caput* do art. 25 da Lei 8.212/91.

Demonstrado, então, o quão dispares foram as decisões proferidas pela Suprema Corte Brasileira em um espaço de tempo tão curto, já que em 03 de fevereiro de 2010, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 363.852/MG, declarou a inconstitucionalidade da contribuição quando da análise de controle difuso de constitucionalidade. Já em 2017, sete anos depois, o mesmo Tribunal Superior mudou seu posicionamento, quando reconheceu a constitucionalidade da contribuição, no Recurso Extraordinário (RE) nº 718.874, com repercussão geral reconhecida.

Antevendo os prejuízos que a insegurança instaurada pela Supremo Tribunal Federal poderia causar, o Presidente da República do Brasil editou, no dia 31 de julho de 2017, a Medida Provisória nº 793, que institui o programa de regularização tributária rural junto a Secretária da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional, precisamente para versar sobre os efeitos que a decisão de constitucionalidade acarretou a cadeia produtiva do agronegócio.

Com efeito, o fato de o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 363.852, declarar a inconstitucionalidade da contribuição, até que lei nova, arrimada na EC-20/98 instituisse a contribuição, não permite concluir que a cobrança estaria legitimada a partir do advento da Lei 10.256/01. Isto porque seu advento não foi suficiente para tornar exigível a contribuição previdenciária dos produtores rurais pessoas físicas empregadoras, sob o fundamento de que tal norma, a exemplo das Leis 8.540 e 9.528/97, seria inválida.

A partir do reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis nº 8.540/92 e 9.528/97 pelo STF teria acarretado o afastamento das alterações promovidas por tais normas no art. 25 da Lei nº 8.212/91, voltando este a reger-se por sua redação original, a qual destinava-se apenas aos segurados especiais apontados no inciso VII do art. 12 da Lei de Custeio. Dessa forma, a Lei nº 10.256/2001 teria pecado por não ter definido a base de cálculo, o fato gerador e a alíquota que regeria a contribuição produtores empregadores.

Por fim, buscou-se com a pesquisa, apontar os argumentos de constitucionalidade e de inconstitucionalidade enfrentados no FUNRURAL, tudo sob a ótica transdisciplinar, que deve incluir a realidade econômica brasileira no exato momento da mudança de posicionamento que, por um lado, causou prejuízos ao setor

produtivo do agronegócio, mas, por outro, elevou a arrecadação da Fazenda Pública Federal. Tanto foi assim, que a decisão jurídica, fecundou a Medida Provisória do FUNRURAL, como uma tentativa do governo em minimizar os impactos da decisão.

6. Referências

ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de julho de 2017.

_____. Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963. Dispõe sobre o Estatuto do Trabalhador Rural. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4214.htm > Acesso em 30 de julho de 2017.

_____. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional. DOU de 27 de out. de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

_____. Lei Complementar nº 11 de 25 de maio de 1971. Institui o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp11.htm >. Acesso em 30 de julho de 2017.

_____. Lei nº 6.439 de 1º de setembro de 1977. Institui o sistema nacional de previdência e assistência social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm. Acesso em 30 de agosto de 2017.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 06 de agosto de 2017.

_____. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

_____. Lei nº 8.540 de 22 de dezembro de 1992. Dispõe sobre a contribuição do empregador rural para a seguridade social e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8540.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2017.

- _____. Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9528.htm>. Acesso em 30 de julho de 2017.
- _____. Lei nº 10.256 de 09 de julho de 2001. Altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/42/2001/10256.htm>>. Acesso em: 30 de julho de 2017.
- _____. Medida Provisória nº 793 de 31 de julho de 2017. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv793.htm>. Acesso em: 31 de julho de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 363852/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, 3.2.2010. <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2071943>>. Acesso em: 05 de agosto de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 573, de 11 de fevereiro de 2010
RE 363852/MG.
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo573.htm>>. Acesso em: 05 de agosto de 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 718874/ RS. Rel. Min. Edson Fachin <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4320595>>. Acesso em 30/07/2017.
- BARROS, W. P. Curso de Direito Agrário. 7. ed. rev., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito constitucional. 6ed. Coimbra: Almeida, 1995.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A justiça desequilibrando a economia. Disponível em: <<http://www.ulhoacoelho.com.br/site/pt/artigos/direito-e-politica/59-a-justica-desequilibrando-a-economia.htm>> Acesso em 28/07/2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. Revista Jurídica. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 398, p. 25-42, dez. 2010.
- MORAES, A. Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- RIZZARDO, A. Curso de Direito Agrário. 3. Ed. rer. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.
- SALOMÃO, F; FERREIRA, V. Decisão sobre Funrural impõe dívida bilionária a produtores rurais. Revista Globo Rural. 2017. Disponível em: <<http://revistagloborural.globo.com/Noticias/Politica-e->

[negocios/noticia/2017/03/decisao-sobre-funrural-impoe-divida-bilionaria-produtores-rurais.html](#)>. Acesso em 30 de julho de 2017

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E A BOA GOVERNANÇA: O CAMINHO PARA A SUSTENTABILIDADE

THE RIGHT TO DEVELOPMENT AND GOOD GOVERNANCE: THE WAY FOR SUSTAINABILITY

Sébastien Kiwonghi Bizawu¹

Escola Superior Dom Helder Câmara

Fernanda Netto Estanislau²

Escola Superior Dom Helder Câmara

Sumário: Introdução; 1. O desenvolvimento como direito; 2. A boa governança; 3. Considerações finais; Referências.

Introdução

A questão da sustentabilidade tornou-se uma das maiores preocupações da humanidade diante das ações antrópicas delituosas com relação à preservação e conservação da natureza, bem como respeito aos direitos humanos. Busca-se, ainda, alcançar os objetivos contidos na Declaração do Milênio, visando-se a melhoria das condições sociais das populações, procurando sempre o bem-estar social frente à economia do mercado que visa o lucro e despreza os valores relativos à uma vida digna.

Nota-se, contudo, o paradoxo quando se trata de desenvolvimento sustentável em uma sociedade que preza pela livre iniciativa privada, visando a economia do mercado. É possível conciliar o desenvolvimento sustentável com o progresso econômico que sustenta o capitalismo selvagem? Pode-se almejar os objetivos sociais e manter o mercado econômico ao mesmo tempo, protegendo e conservando o meio ambiente como um bem comum de todos para uma qualidade de vida sadia e equilibrada?

Partindo da Encíclica *Laudato Si* (Louvado sejas) do Papa Francisco sobre o cuidado da casa comum e das declarações internacionais existentes, pode-se perceber que o mundo clama por uma solução que concilie economia, desenvolvimento, crescimento e sustentabilidade. Devem-se ter novas maneiras de entender a economia e o progresso social, a tecnologia, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. São temas desafiadores para que haja um mundo melhor, igualitário e solidário, comprometido para combater a pobreza extrema, a miséria e a destruição do meio ambiente.

¹ Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professor de Direito Internacional Público e Privado na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito.

² Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Sendo indiscutível que a inobservância do resultado das ações antrópicas perante o meio ambiente acabam sendo catastróficas a medida que a humanidade sofre suas consequência, tais quais as mudanças climáticas. Para o Papa Francisco, “A mudança é algo desejável, mas torna-se preocupante quando se transforma em deterioração do mundo e da qualidade de vida de grande parte da humanidade.” (PAPA FRANCISCO, 2015, 18).

Objetiva-se, com o presente texto, o estudo do direito ao desenvolvimento e a boa governança como um possível caminho para a sustentabilidade.

A delimitação do tema se justifica no fato dos inúmeros questionamentos feitos sobre a possibilidade ou não de se ter no mundo o direito ao desenvolvimento como direito fundamental e ainda como a boa governança frente à realidade pode contribuir para a sustentabilidade.

Para a consecução dos objetivos, empregar-se-á a pesquisa exploratória qualitativa com base no método dedutivo assentado em levantamento bibliográfico, com análise da legislação pátria e internacional pertinente, tendo como principal marco teórico Flávia Piovesan e Inês Virgínia Prado Soares.

Assim, a proposta do texto é fazer um estudo específico sobre o direito ao desenvolvimento como direito fundamental e a boa governança como um possível caminho para a sustentabilidade.

1. O desenvolvimento como direito

A palavra desenvolvimento está diretamente relacionada à ideia de crescimento e progresso. O desenvolvimento sustentável foi definido de forma mais aceitável pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pelas Nações Unidas com o objetivo de discutir e estabelecer meios de harmonizar o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental; *in verbis*: “o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações. É o desenvolvimento que não esgota os recursos para o futuro” (COMISSÃO MUNDIAL PARA O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO – CMMAD, 1988, s/p).

Segundo Veiga (2006, p.47) existe uma diferença entre crescimento nos dias de hoje e antigamente:

crescimento antigamente significava a devora dos recursos naturais pela força física do trabalho humano. O crescimento moderno passou cada vez a depender do uso inteligente das inovações que tornam o trabalho mais decentes e qualificados, além de conservar os ecossistemas.

Sabe-se, hoje em dia, que as atitudes humanas resultam em consequências no meio ambiente. Mas não sabemos o que devemos parar de fazer ou o que fazer. Lovelock

(2006), nesse sentido nos mostra que mais do que dizer que defendemos é necessário a atitude de defender a Terra:

A maioria acredita que algo desagradável poderá ocorrer em breve mas estamos tão confusos como em 1938 quanto a forma que assumirá é o que fazer a respeito. Nossa reação até agora tem sido como antes da segunda guerra mundial, uma tentativa de apaziguamento. O protocolo de Kyoto foi assustadoramente parecido com o acordo de Munique, os políticos procurando mostrar que reagem, mas na verdade tentando ganhar tempo. Por sermos animais tribais, a tribo não age unida enquanto não percebe um perigo real e presente. Essa percepção ainda não ocorreu. (LOVELOCK, 2006, p.22).

Para Flávia Piovesan (2000):

a Declaração de 1948 introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, pois ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos sociais e culturais, a Declaração combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania ao conjugar o valor da liberdade ao valor da igualdade. (PIOVESAN, 2000, p. 35).

No entendimento do Lovelock,

A declaração de Amsterdã representou um passo importante como a adoção da teoria Gaia como modelo de trabalho para Terra. Com tudo, divisões territoriais e dúvidas persistentes impediram que os cientistas que assinaram a declaração enunciassem a *meta* da Terra auto-reguladora, que é, de acordo com a minha teoria, sustentar a habitabilidade. (LOVELOCK, 2006, p. 36).

A Conferência Mundial realizada em Estocolmo no ano de 1972 nos sinalizou a preocupação com o desenvolvimento e a cooperação internacional:

A declaração elaborada em Estocolmo apresenta particular interesse em razão dos vários princípios jurídicos que consagram a matéria ambiental, como o direito soberano do Estado explorar os seus próprios recursos de acordo com a política ambiental, a troca de informações, cooperação internacional, etc.” (GUERRA, 2006, p. 76).

Para Leff, as questões relacionadas ao meio ambiente devem ser tratadas como um problema social:

A questão ambiental aparece como uma problemática social e ecológica generalizada de alcance planetário, que mexe com todos os âmbitos da organização social, do aparato do Estado e todos os grupos e classes sociais. Isso induz um amplo e complexo processo de transformações epistêmicas no campo do conhecimento e do saber, das ideologias teóricas e práticas, dos paradigmas científicos e os programas de pesquisa (LEFF, 2006, p. 282).

Guerra (2006, p. 80) sobre o Relatório de Brundtland, nos traz a tese a respeito do Desenvolvimento Sustentável: “O Desenvolvimento capaz de manter o progresso humano não apenas em alguns lugares por alguns anos, mas em todo o planeta até um futuro longínquo”.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, pode ser considerada como o principal documento acerca do direito ao desenvolvimento, sendo vista por muitos como um grande avanço no tocante aos direitos humanos. Uma vez que, “sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais” (PIOVESAN, 2010, p. 101).

Piovesan (2010) identifica ainda que:

para a Declaração de 1986 o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, – com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem-estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientado pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes (PIOVESAN, 2010, p. 102).

A Encíclica do Papa Francisco, *Laudato Si*, publicada em junho de 2015, nos alerta para a necessidade de direcionar as mudanças do mundo para um desenvolvimento humano:

A contínua aceleração das mudanças na humanidade e no planeta junta-se, hoje, à intensificação dos ritmos de vida e trabalho, que alguns, em espanhol, designam por «rapidación». Embora a mudança faça parte da dinâmica dos sistemas complexos, a velocidade que hoje lhe impõem as ações humanas contrasta com a lentidão natural da evolução biológica. A isto vem juntar-se o problema de que os objetivos desta mudança rápida e constante não estão necessariamente orientados para o bem comum e para um desenvolvimento humano sustentável e integral. A mudança é algo desejável [...] (PAPA FRANCISCO, 2015, 4).

Leff sustenta que a sustentabilidade não pode ser alcançada apenas com relação ao meio ambiente, na natureza: “o ambiente não é a ecologia, mas a complexidade do mundo; é um saber sobre as formas de apropriação do mundo e da natureza através das relações de poder que se inscreveram nas formas dominantes de conhecimento” (LEFF, 2002, p. 17).

Assim ele acredita que o ambiente “é o Outro do pensamento metafísico, do lógos científico e da racionalidade econômica” (LEFF, 2002, p. 161). E o saber ambiental, proposto pelo autor, é um “saber sobre esse campo externalizado pela racionalidade econômica, científica e tecnológica da modernidade; mas, por sua vez, conota os saberes marginalizados e subjugados pela centralidade do lógos científico” (idem, p. 160).

Devemos ter em mente que o desenvolvimento deve nos direcionar para o uso inteligente do que possuímos com o intuito de alcançarmos nossos objetivos sem esgotar ou destruir aquilo que usamos ou utilizamos. Lovelock (2006) nos revela o bem e o mal de cada um na utilização da Terra quando observa:

Somos uma espécie equivalente aquela dupla esquizoide do romance de Stevenson i o médico e o monstro. Temos a capacidade de destruição desastrosa, mas também o potencial de edificar uma civilização magnífica. O

monstro nos levou a usar mal a tecnologia abusamos da energia e superpovoado a terra, mas não é abandonando a tecnologia que sustentaremos a civilização. Pelo contrário, temos de usa-la sabiamente, como faria o médico, tendo em mira a saúde da terra, não a de pessoas. Vai ser tarde demais para desenvolvimento sustentável, precisamos é de uma retirada sustentável. (LOVELOCK, 2006, p. 20).

Mesmo com a existência da Declaração de 1986 ainda existem inúmeros desafios para o reconhecimento e efetivação ao direito do desenvolvimento. Pode-se citar, por exemplo, a noção de caridade que se tem quando se propõe o direito ao desenvolvimento, “a caridade está presente, isto sim, na religião, aqui, no âmbito social, seja na perspectiva nacional ou mesmo internacional, se trata de um dever, pois o direito ao desenvolvimento, segundo a declaração, está submetida à lógica dos direitos humanos” (MARKS, 2010, p. 24).

Neste sentido, Marks ainda afirma: “E não há como negar que a lógica que influenciou a declaração foi sem dúvida aquela presente nas teorias dos direitos naturais. Dentro desta perspectiva a pessoa é o centro do direito ao desenvolvimento” (MARKS, 2010, p. 25).

Assim podemos perceber que não se trata apenas de escrever uma lei mas sim de transformar o entendimento no sentido de reconhecer que todos possuem de fato o direito ao desenvolvimento. Sempre atentos ao fato que legitimidade é um conceito subjetivo, segundo a teoria weberiana: “parte da atitude do sujeito que legitima com respeito ao poder de legitimar, isto é, de uma ‘crença’, seja na validade do que é racional (segundo um valor ou propósito), na força da tradição ou na virtude do carisma” (BOBBIO, s/d, p. 172).

Desta forma, o direito ao desenvolvimento nos desperta no sentido de entender que todos devem assumir suas ações, compreendendo a responsabilidade individual e coletiva pelos fatos que afetam o indivíduo. Dessa forma, é possível enunciar que: “[...] é dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento” (PIOVESAN, 2010, p. 103).

Essa participação deve se efetivar no sentido de garantir à todos, todos os direitos e assim não repetirmos os erros históricos do passado. Mais uma vez ao observamos as palavras do Papa Francisco podemos perceber o motivo que nos leva a tais preocupações:

contemplando o mundo, damos-nos conta de que este nível de intervenção humana, muitas vezes ao serviço da finança e do consumismo, faz com que esta terra onde vivemos se torne realmente menos rica e bela, cada vez mais limitada e cinzenta, enquanto ao mesmo tempo o desenvolvimento da tecnologia e das ofertas de consumo continua a avançar sem limites. Assim, parece que nos iludimos de poder substituir uma beleza insuprível e irre recuperável por outra criada por nós[...] (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 5).

Para evitar uma catástrofe ainda maior é necessário aceitarmos que não conseguimos prever o futuro, e que as nossas conjecturas podem acabar por resultar uma verdadeira perda para todos, Lovelock afirma a necessidade de evoluirmos com relação ao sistema da Terra:

A ciência busca ser global e mais do que uma coleção dispersa de disciplinas separadas, mas mesmo os que adotam uma abordagem sistêmica da ciência seriam os primeiros a admitir que nossa compreensão do sistema da Terra não é muito superior a de um médico do século XIX em relação ao seu paciente (LOVELOCK, 2006, p.19).

Para que o conhecimento possa de fato resultar em proteção ambiental é importante “a busca de um paradigma globalizante do conhecimento, a organização sistêmica do saber e a uniformização conceitual por meio de uma metalinguagem interdisciplinar” (LEFF, 2002, p. 163).

Pois todo conhecimento passa por um processo de construção que quanto mais interdisciplinar mais complexo e completo pode-se apresentar, “internalização de uma ‘dimensão’ ambiental generalizável aos diferentes paradigmas do conhecimento” (LEFF, 2002, p. 163).

O texto de Leff que melhor nos apresenta essa questão do saber ambiental é:

o saber ambiental a ser constituído em relação com seus impensáveis, na reflexão do pensamento sobre o já pensado, na abertura do ser em seu porvir, em sua relação com o infinito, no horizonte do possível e o que ainda não é. Nesse sentido, constrói-se um novo saber, uma nova racionalidade e um futuro sustentável (LEFF, 2002, p. 19).

Assim, segundo Leff:

o saber ambiental não se conforma uma doutrina homogênea, fechada e acabada; emerge e se desdobra em um campo de formações ideológicas heterogêneas e dispersas, constituídas por uma multiplicidade de interesses e práticas sociais; nas estratégias de poder inscritas no discurso teórico das ciências (economia, ecologia, antropologia, direito); no saber camponês e das comunidades indígenas integrado a seus sistemas gnosiológicos, seus valores culturais e suas práticas tradicionais de uso da natureza; no saber ambiental inscrito nas políticas de desenvolvimento sustentável, em suas estratégias e em suas práticas discursivas, e em seus instrumentos normativos e jurídicos. (2006, p. 280-281).

Em outras palavras:

o diálogo de saberes é formulado a partir do reconhecimento dos saberes – autóctones, tradicionais, locais – que aportam suas experiências e se somam ao conhecimento científico e especializado; mas implica, por sua vez, o dissenso e a ruptura com uma via homogênea para a sustentabilidade (LEFF, 2006, p. 376-377).

De forma resumida para Leff, “O saber ambiental vai além da ambientalização do conhecimento existente [...] transforma o conhecimento para construir uma nova ordem social [...] está comprometido com a utopia, através de novas formas de posicionamento dos sujeitos da história face ao conhecimento” (LEFF, 2004, 235).

Segundo Bobbio (1992, p. 28) “a ideia de que o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar [...] foi elaborada pelo jus naturalismo moderno. Seu pai é John Locke.”

Essa intervenção se faz oportuna no sentido que temos em nossa sociedade uma verdadeira preocupação de se manter os bens sem observar os prejuízos que causamos à outrem. Como exemplo, pode-se destacar aqueles que acreditam que a existência da sociedade civil se dá em razão da imprescindibilidade de proteção da propriedade:

A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela (LOCKE, 2001, p. 97).

Tudo isso nos leva a perceber que de fato é necessária uma conscientização global a cerca do direito ao desenvolvimento; Piosan ainda destaca que são necessárias ações em conjunto para que se alcance o fim desejado:

Assim, as dimensões centrais do direito humano ao desenvolvimento, englobam uma ampla dimensão de facetas, pois contempla a justiça social, a participação e *accountability*, programas e políticas nacionais, e a cooperação internacional, em resposta ao contexto mundial que o confronta (PIOVESAN, 2010, p. 108).

Desta forma, Fachin (2010) ressalta que por mais que o “Estado brasileiro seja signatário da referida declaração de 1986, que sistematiza o direito ao desenvolvimento, não há no direito (constitucional) pátrio qualquer menção ao direito ao desenvolvimento como um direito fundamental neste sentido abrangente e inclusivo que trata o documento internacional.” (FACHIN, 2010, p. 179).

John Rawls citado por Furlan (2013, p. 8), também se valendo da teoria contratualista, propõe um modelo diferente. Nas palavras de Rawls “meu objetivo é apresentar uma concepção de justiça que generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social.” (RAWLS, 2008, p. 13).

Neste modelo, graças aos princípios de justiça nele constante, especialmente o princípio da diferença, é possível visualizar uma garantia de redistribuição da renda. Segundo Norman Daniels “O princípio da diferença reduz as desigualdades daqueles que trabalham ao máximo para beneficiar os grupos menos favorecidos. – tradução livre” (DANIELS, 2003, p. 241).

Entretanto, o próprio Rawls afirma que sua teoria não deve ser aplicada na órbita internacional (MARKS, 2010, p. 29). Ocorre que esta perspectiva permite a opressão do liberalismo, opressão esta que advém de países desenvolvidos a custo, muitas das vezes, de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. (MARKS, 2010, p. 29).

Entretanto, a declaração do direito ao desenvolvimento, determina que haja cooperação entre os países para que se possa promover o desenvolvimento de todos, promovendo, por óbvio, os direitos humanos. Assim, a declaração, neste ponto, supriu a lacuna deixada por Rawls.

Ao analisar o cenário político internacional percebe-se que esta exigência de cooperação fica à mercê do jogo político. Neste campo, quando se trata do direito ao desenvolvimento, a perspectiva muda conforme se trata de países desenvolvidos ou não desenvolvidos.

Ao olhar, mais detidamente, o cenário político dos acordos sobre o clima mundial, percebe-se esta situação claramente. “Os países que já se desenvolveram destruindo seu meio ambiente, querem que os outros parem de destruir os seus” (MARKS, 2010, p. 38).

Em outras palavras, “a preocupação primordial para eles é manter a sua taxa de desenvolvimento alta, e continuar a exploração dos países em desenvolvimento, além, é claro, dos países subdesenvolvidos. Aliás, não é por outra razão que há quem defenda o abandono por completo da expressão “desenvolvimento sustentável” (LEITE; CAETANO, 2010, p. 253). Este posicionamento se justifica na medida em que a expressão é ambígua e fica a vagar entre interesses político-econômicos.

A cooperação leva em conta, também, não só a noção de desenvolvimento (economia), mas deve também considerar a proteção ambiental. “A exigência de cooperação é legal, pois prevista expressamente na Declaração do Direito ao Desenvolvimento. Porém, mais uma vez, dentro do jogo político, os países vêm interpretando esta exigência sob duas perspectivas: uma restritiva e outra extensiva” (MARKS, 2010, p. 44).

Assim é possível entender porque países que são signatários de tratados, convenções e atos internacionais acabam não ratificando os acordos existentes. Deste modo, “A restritiva exige inúmeras condições para que os países que ratificaram a declaração possam ser obrigados a cooperar” (MARKS, 2010, p. 44). Tais elementos levam em consideração a política externa do próprio país, além de exigir a participação de outras organizações internacionais, como, por exemplo, o Banco Mundial, além disso, considera também o papel que desempenha na Assembleia Geral do Conselho Econômico Social (MARKS, 2010, p. 45). Essa interpretação é largamente utilizada pelos países desenvolvidos, pois cria diversos obstáculos à cooperação.

Lado outro, “a interpretação extensiva não exige tantas condições, essa cooperação pode se dar inclusive baseada em documentos gerais advindos de conferências e reuniões” (MARKS, 2010, p. 46).

Obviamente, há de reconhecer que com base no direito ao desenvolvimento é necessário uma interpretação extensiva, pois, segundo Marks (2010, p. 47), “Com base na interpretação extensiva os países mais pobres têm o direito a exigir a cooperação dos países ricos para que eles também possam se desenvolver.”

A grande pergunta é como perenizar o progresso humano, reduzindo as vulnerabilidades para promover uma vida digna e favorecer, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento, visando-se a sustentabilidade, ou seja, zelando para que não ocorra o esgotamento dos recursos atuais para garantir o futuro das gerações vindouras. Trata-se de uso inteligente dos recursos naturais para suprir as necessidades atuais de seres humanos sem comprometer o futuro das próximas gerações e sem agredir o meio ambiente.

Considerando o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) de 2014 sobre o Índice de desenvolvimento Humano, percebe-se o aumento das desigualdades nos países em desenvolvimento.

Segundo as medições da pobreza com base na renda, 1,2 bilhão de pessoas vivem com menos ou igual a US \$ 1,25 por dia. As últimas estimativas do Índice de Pobreza Multidimensional (MPI) do PNUD, no entanto, revelam que cerca de 1,5 bilhão de pessoas em 91 países em desenvolvimento vivem na pobreza marcada por deficiências acumuladas em saúde, educação e padrões de vida. Apesar de um declínio global, cerca de 800 milhões de pessoas ainda correm o risco de passar para a pobreza em caso de crise financeira, natural ou não.³

Há, portanto, suporte filosófico, político e legal para afirmar que há uma obrigação de cooperação entre os países para o desenvolvimento.

Pelo exposto, fica claro que o direito ao desenvolvimento é um direito exigível na órbita nacional e internacional.

Mas exige-se uma atenção redobrada frente às limitações jurídicas existentes. Essa é a orientação da Suprema Corte:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento

³ Vide *Human Development Reports*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/fr/2014-report> Acesso em: 21 ago. 2017.

da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.⁴ (BRASIL, STF, 2000).

Assim temos que é necessário o equilíbrio entre o direito individual e o direito coletivo de forma que possamos conseguir superar o desafio de proteger o que o Papa Francisco chama de nossa casa e ainda conseguir garantir a todos o direito ao desenvolvimento integral.

2. A boa governança

Segundo Diniz (1995, p.400) a expressão governança surge “tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente”. Diante da interação internacional existente surge a governança global, que tem como base gerar regras entre nações diferentes para um bom desenvolvimento mundial. Para o banco Mundial a governança é “o exercício da autoridade, controle, gestão, poder do governo.”, em outras palavras, “é a forma como o poder é exercido na gestão dos recursos econômicos e sociais de um país para o desenvolvimento.” (WORLDBANK, 1992, p.3).

Para Santos (1997, p.340/341), “A ideia de que uma ‘boa’ governança é um requisito fundamental para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos”.

É importante reconhecer que a crescente participação da sociedade em expor suas ideias e se organizar por seus ideais traz uma crescente aclamação por uma governança real aonde a transparência e a participação sejam fatores comuns e não exceções nas tomadas de decisões.

Com relação a Organização das Nações Unidas, temos a resolução 31/1996 do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), determinando as bases para as relações de consulta entre as Nações Unidas e as organizações não-governamentais. Destacamos o número 5:

Relações de consulta podem ser estabelecidas com organizações nacionais, subregionais, regionais ou internacionais, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios e critérios estabelecidos na presente resolução. A Comissão, ao considerar solicitações de status consultivo, deve assegurar, na medida do possível, a participação de organizações não-governamentais de todas as regiões, e particularmente dos países em desenvolvimento, a fim de permitir que se alcance o envolvimento genuíno, efetivo, balanceado e justo das organizações não-governamentais de todas as regiões e áreas do mundo. A Comissão deve também ter especial atenção a organizações não-governamentais que tenham especial competência técnica ou experiência sobre questões que a Comissão deseje estabelecer.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 7/2016.

O fato é que a governança ou a boa governança não pode ser tratada como uma ação isolada da sociedade civil buscando garantir participação e influência nas decisões. Na verdade, o conceito preceitua uma ligação entre Estado e sociedade que em uma ação conjunta devem trabalhar de forma a alcançar soluções e resultados para problemas comuns.

Não sendo contestado o fato que para se ter a verdadeira governança é indispensável a integração sociedade, instituições e Estados.

Neste sentido Leff, defendendo a necessidade de uma racionalidade, ensina que:

a racionalidade ambiental não é a extensão da lógica do mercado à capitalização da natureza, mas a resultante de um conjunto de significações, normas, valores, interesses e ações socioculturais; é a expressão do conflito entre o uso da lei (do mercado) por uma classe, a busca do bem comum com a intervenção do Estado e a participação da sociedade civil num processo de reapropriação da natureza, orientando seus valores e potenciais para um desenvolvimento sustentável e democrático (LEFF, 2004, p. 143).

Marcel Gauchet (2002, p. 330) sustentou que “os direitos humanos se tornaram efetivamente, por uma imprevisível evolução de nossas sociedades, a norma organizadora da consciência coletiva e o padrão da ação pública”.

Para o Direito, a governança tem a ver com a presença crescente desses atores no cenário político e social. Trata-se de estabelecer regras e normas para sua participação, ainda que não com formalização institucional estrita. Trata-se de reconhecer, no campo do Direito Internacional, a presença crescente desses atores na discussão e formulação de tratados, convenções e resoluções, bem como na sua implementação efetiva.

Na tomada de decisão deve-se considerar como foco o cuidado, entendendo o outro e não afastar-se da espiritualidade. Para Boff:

a espiritualidade é aquela atitude pela qual o ser humano se sente ligado ao todo, percebe o fio condutor que liga e religa todas as coisas para formarem um cosmos... e a mística é aquela forma de ser e de sentir que acolhe e interioriza experimentalmente esse Mistério sem nome e permite que ele impregne toda existência (BOFF, 2003, p.102).

Para evitar uma catástrofe ainda maior é necessário aceitarmos que não conseguimos prever o futuro, e que as nossas conjecturas podem acabar por resultar uma verdadeira perda para todos, Lovelock afirma a necessidade de evoluirmos com relação ao sistema da Terra:

A ciência busca ser global e mais do que uma coleção dispersa de disciplinas separadas, mas mesmo os que adotam uma abordagem sistêmica da ciência seriam os primeiros a admitir que nossa compreensão do sistema da Terra não é muito superior a de um médico do século XIX em relação ao seu paciente (LOVELOCK, 2006, p.19).

Afinal, desde o princípio do mundo, o homem tem o costume de moldar a natureza para atender suas necessidades. No princípio o convívio era pacífico e equilibrado entre todas as espécies no planeta, o ambiente era sustentável e o funcionamento de todo ecossistema era ordenado.

Junto com o avanço de novas tecnologias surgiu o progresso da medicina, da ciência e em todas as áreas, potencializando ainda mais o consumo e as necessidades humanas dos recursos naturais, provocando mudanças e alterações ambientais. Ao longo dos últimos cinquenta anos, o planeta já não suportar mais o ritmo acelerado dos desmandos da humanidade que tem uma população cada vez maior a cada dia e faz com que o meio ambiente torne-se insustentável.

A história nunca viu coisa igual, para se alocar toda a população que cresce a cada dia, através da construção de cidades e manter atividades agropecuária e industrial é inevitável que áreas naturais de florestas e matas nativas sejam derrubadas, sem falar das atividades com a exploração desregrada de recursos naturais e a queima de combustíveis fósseis que potencializam todo o dano ambiental.

A vida das espécies do planeta depende do perfeito funcionamento do ambiente devendo a humanidade cuidar para a sua manutenção respeitando as leis cumprindo com deveres e obrigações. Há muito que o limite do uso sustentável dos recursos do planeta foi ultrapassado pela humanidade e para que se alcance um novo equilíbrio tem que se repensar em medidas para se cuidar da mãe terra. Devendo o cuidado partir de todos e para todos no sentido que cada ser dentro de seu mundo deve agir de forma a respeitar o meio ambiente garantido à todos a possibilidade de não apenas usufruir mas também de desfrutar de uma sustentabilidade.

Nesse sentido ao apelar à todos por um cuidado com a casa comum o Papa destaca a importância da participação da sociedade para que os objetivos sejam alcançados: “aqueles que lutam com vigor por resolver as dramáticas consequências da degradação ambiental na vida dos mais pobres do mundo” (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 13).

Para Boff, deveria existir uma ética mundial no intuito do cuidado:

O cuidado expressa a importância da razão cordial, que respeita e venera o mistério que se vela e revela em cada ser do universo e da Terra. Por isso, a vida e o jogo das relações só sobrevivem se forem cercados de cuidado, de desvelo e de atenção. A pessoa se sente envolvida afetivamente e ligada estreitamente ao destino do outro e de tudo o que for objeto de cuidado. Por isso o cuidado provoca preocupação e faz surgir o sentimento de responsabilidade (BOFF, 2003, p. 85).

Lovelock, assim como o Papa Francisco nos convida a voltarmos a olhar para Terra, como algo que não precisamos proteger apenas por necessidade, mas por amor aquilo que possuímos:

Precisamos acima de tudo renovar aquele amor e empatia pela natureza que perdemos quando começamos nosso namoro com a vida urbana. Sócrates

provavelmente não foi o primeiro a dizer que nada de interessante ocorre fora das muralhas da cidade, mas ele deve estar familiarizado com o mundo natural lá fora (LOVELOCK, 2006, p.21).

Neste mesmo sentido, REIS; BIZAWU, ao analisar a Encíclica *Laudato Si*, do Papa Francisco à luz do direito internacional do meio ambiente nos traz a natureza como tendo seu verdadeiro significado originado no amor de Deus.

A perspectiva teológico-filosófica cristã de que Deus é o Criador de todas as coisas será esmiuçada por Francisco. Apesar de levar em consideração o termo natureza, comumente utilizado, Francisco deixa claro que, em uma visão onde há um Criador, aquilo que antes era analisado como natureza tem seu correto significado quando se toma tudo o que existe como sendo originado do amor de Deus. Tal visão pode ser um ponto fundamental para que os indivíduos tenham uma relação harmoniosa com a natureza e com os outros indivíduos. (REIS; BIZAWU, 2015, p.45)

Primeiramente como o direito de todos terem acesso às informações previsto no art. 5º, inciso XIV⁵, inciso XXXIII⁶ e inciso XXXIV⁷, da Constituição Federal de 1988 e de outro lado, o dever de o Poder Público informar todos os seus atos, justificando-os e os tornando público.

Segundo SACHS (2000) a sustentabilidade social acontece através da melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular; já a sustentabilidade econômica também envolve o acesso à ciência e tecnologia.

REIS; BIZAWU, assevera que a participação e organização popular devem ser pautadas na honestidade e na transparência na busca de um meio ambiente equilibrado.

Como em todas as relações humanas, a corrupção é um dos grandes males para as decisões que envolvem problemas ambientais. Por exemplo, decisões sobre impactos ambientais estão, muitas vezes, permeadas de interesses obscuros. Há fortes pressões econômicas e políticas nas decisões. É necessária a participação dos vários setores interessados e envolvidos, com ênfase nos moradores. (REIS; BIZAWU, 2015, p.54)

⁵ Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

⁶ Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento) (Vide Lei nº 12.527, de 2011)

⁷ Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

No dia a dia da convivência mundial mesmo com a busca de se manter um meio ambiente equilibrado e um desenvolvimento social sustentável tem-se a busca incessante de conscientização da população de forma que seus hábitos e decisões sejam tomadas em prol da sustentabilidade e de um meio ambiente equilibrado. Neste sentido REIS; BIZAWU, deveria se ver a degradação ambiental como não apenas a destruição da natureza como também da sociedade.

Para Francisco, o consumismo é a marca maior da sociedade contemporânea. O paradoxo é que grande parte da população mundial não tem condições de exercer tal paradigma. O vazio de valores da vida atual também é um catalisador para a necessidade de consumir infinitamente. A degradação ambiental não se reduz à destruição da natureza, mas também da sociedade. (REIS; BIZAWU, 2015, p.55)

Mesmo presenciando todo o desgaste e a degradação do meio ambiente os cientistas ainda tentam justificar a realidade do meio ambiente e buscam achar alternativas que continuem propiciando a exploração do mesmo. Com relação a ciência, LOVELOCK entende que enquanto não existir um verdadeiro dialogo entre os conhecimentos os cientista não possuem condições de terem uma visão ampla:

Esta não foi totalmente culpada, pois a própria ciência foi prejudicada, nos últimos dois séculos, por sua divisão em muitas disciplinas diferentes, cada qual limitada a ver apenas uma faceta minúscula do planeta, sem uma visão coesa da Terra. Os cientistas já reconheceram a Terra com entidade auto reguladora na declaração de Amsterdã, em 2001, e muitos ainda agem como se nosso planeta fosse uma enorme propriedade pública que possuímos e compartilhamos (LOVELOCK, 2006, p.18).

É importante salientar uma comunicação entre os conhecimentos afim de que se possa alcançar a governança, “pela via da articulação de diversos campos do conhecimento, sem olhar para os obstáculos epistemológicos e para os interesses disciplinares que resistem e impedem tal via de completude” (LEFF, 2012, p. 32).

Assim dá-se a entender que a governança não é algo apenas para ser admirado mas sim para ser vivido de forma a propiciar à todos o que é direito de todos.

3. Considerações finais

Buscou-se analisar neste artigo o direito ao desenvolvimento e a governança como possibilidade de uma sustentabilidade que hoje o mundo clama. Observar a necessidade de uma verdadeira participação de todos nas tomadas de decisões, transformando as pessoas em verdadeiros fiscais do desenvolvimento se faz necessário à medida que a atitude de um afeta diretamente a existência do outro.

Trazer o apelo do Papa Francisco como forma de demonstrar a realidade existe foi apenas uma tentativa de mostrar que o meio ambiente clama de maneira tão forte que

nem mesmo a religião pode se esquivar de convocar a todos a participarem de maneira efetiva na preservação de nossa casa.

Os direitos fundamentais, a garantia de participação de todos, a transparência e a justiça social se encontram no direito ao desenvolvimento como no que chamamos a boa governança.

No sentido que ambos necessitam de todos esses quesitos para se efetivarem de forma plena e surtirem os efeitos desejados por todos.

Diante da realidade que bate a nossa porta a sustentabilidade não é mais uma opção, passou a ser a única forma de garantirmos para a humanidade e para as gerações futuras um meio ambiente equilibrado e saudável. Assim faz todo o sentido todos participarem das decisões, todos terem acesso às informações de forma transparente e ainda todos compreenderem que cada um é responsável por suas atitudes e que as mesmas ainda que lhes pareçam insignificantes acabam por contribuir no resultado final. Então que todos possam se unir para a defesa da nossa casa de forma que seja garantido à todos o direito do desenvolvimento, bem como uma efetiva participação e ainda um meio ambiente equilibrado.

Referências

- BOBBIO, Norberto. *A Teoria do Estado e do Poder*. In BOBBIO, Norberto. *Ensaaios Escolhidos*. São Paulo, C.H. Cardim Editores, s/d, pp. 157-184.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: Um consenso Mínimo entre os Humanos*. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2016.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/2000. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 jun. 2016.
- DINIZ, Eli. Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90. In: DADOS – **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995. pp. 385-415.
- FACHIN, Melina Girardi. Direito fundamental ao desenvolvimento: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

- GAUCHET, Marcel. *La démocratie contre elle-même*. Paris: Gallimard, 2002.
- GUERRA, Sidney. *Desenvolvimento Sustentável nas três grandes conferências internacionais de ambiente da ONU: o grande desafio no plano internacional*, 2006.
- LEFF, Enrique. *A complexidade ambiental*. São Paulo: Cortez, 2003.
- _____. *Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes*. São Paulo: Cortez, 2012.
- _____. *Epistemologia Ambiental*. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- _____. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- _____. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- LOVELOCK, James. *A vingança de gaia*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.
- MARKS, Stephen P. *Obligations to Implement the Right to Development: Philosophical, Political and Legal Rationales*. *Direito ao Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD). *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.
- PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica 'Laudato si' do santo padre Francisco, sobre o cuidado da casa comum*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papafrancesco_20150524_enciclica_laudato-si_po.pdf> Acesso em: 17 jun. 2016.
- PIOVESAN, Flávia Cristina. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.35.
- _____. *Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. *A Encíclica Laudato Si à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente*. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 37, out. 2015. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/598/439>>. Acesso em: 22 Ago. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v12i23.598>.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. de Paula Yone Stroh. RJ: Garamond, 2002, pp. 47-64.

- SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. In: DADOS – *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376.
- VEIGA, José Eli da. *Os desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil*. In PADUA, José Augusto (org). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; SP: Peirópolis, 2009, pp. 151-169.
- WORLDBANK. *Governance and Development*. Worldbank publication, Washington, D.C: The International Bank for Reconstruction and Development, 1992. Disponível em: <
<http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>> Acesso em: 21 ago. 2017.

ENTRAVES AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO NO ESTADO BRASILEIRO

BARRIERS TO THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF DEMOCRACY IN THE BRAZILIAN STATE

Thiago Santos Rocha¹

Universidade de Lisboa

Sumário: Introdução; 1. Conteúdo mínimo da democracia; 2. Sociedade homogênea contraposta à sociedade pluralista; 3. Representação de interesses; 4. Persistência das oligarquias; 5. Limitado espaço democrático; 6. Poder invisível; 7. Apatia política; 8. Tecnoburocracia; Considerações finais; Referências.

Introdução

O tema da reforma política está há anos presente na pauta jurídica e política brasileira, apresentado como panaceia capaz de superar todo o déficit democrático que limita a realização do parágrafo único do artigo 1º a Constituição da República de 1988, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Não raras vezes são discutidos aspectos pontuais de sistema de governo, sistema eleitoral, partidos políticos e regulamentação dos grupos de pressão sem considerar, de forma holística, os problemas subjacentes ao não funcionamento do que se pretende reformar.

Pretende-se aqui uma análise crítica do sistema democrático brasileiro, como se encontra na atualidade, pontuando alguns dos problemas que lhe marcam e indicativo de fundamentos que podem nortear uma estrutura que melhor realize o ideal de democracia expresso pela Constituição de 1988.

Não se busca traçar o quadro de acontecimentos históricos que se sucederão, e sim as adaptações fundamentais para que um sistema político possa atender, pelo menos, ao conteúdo mínimo distintivo de uma democracia.

Em que pesem os constantes problemas verificados, não há que se comparar o estado atual das instituições brasileiras com a crise do regime democrático no Estado brasileiro durante os 21 anos de ditadura militar.

Entretanto, importante salientar que em muitos momentos históricos a democracia deixou de ser encarada como modo de vida social para ser concebida como

¹ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica – Especialidade de Direitos Fundamentais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: tsrocha@gmail.com.

ideologia política. Nesse sentido, fora refutada pelos Estados totalitários que a ela atribuíram a desordem e o caos socioeconômicos, ao passo que exaltada pelos Estados capitalistas como bandeira contra a opressão².

As constantes orientações e experiências do regime democrático, não apenas no Brasil, confirmam o seu natural caráter dinâmico, em contraposição à imobilidade das estruturas despóticas.

Isso se verifica a partir do momento em que seus princípios, da soberania popular e da participação do povo no poder, e seus valores fundantes, de liberdade³ e igualdade dos membros do povo, resistem às transformações. Deve-se ter sempre em mente que a democracia é um processo dialético, enriquecido a cada fase de sua evolução por novos valores.

Desta sorte, muito embora mantidos seus princípios e valores, muitas das expectativas advindas da idealização da democracia, ao ser concebida no Estado moderno, foram frustradas pela história.

Seguindo as considerações feitas de forma geral por Norberto Bobbio em relação ao Estado democrático,⁴ pode-se indicar algumas promessas da democracia idealizada à época da redemocratização brasileira tidas por não cumpridas até hoje pela democracia real, se é que havia possibilidade para tanto, considerando-se os obstáculos enfrentados.

1. Conteúdo mínimo da democracia

Ao se propor uma análise crítica dos entraves à democracia em determinado contexto jurídico-constitucional, primeiramente se apresenta essencial extrair o traço atemporal comum, a noção fundamental, que permite caracterizar um regime como democrático.

Assim, nada mais elementar do que a concepção decorrente das raízes etimológicas do termo, ou seja, da junção dos radicais gregos *demos* (povo) e *kratos* (governo), do que se depreende a identificação, em um mesmo símbolo semântico, de povo e governo.

A discussão histórica referente à democracia gira em torno da indissociável relação povo-governo que tal sistema pressupõe, fazendo com que sejam levantadas discussões em torno de “como” e “para quê” o povo se liga ao governo, com especial

² CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 6.ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 430.

³ Bobbio entende serem os direitos de liberdade (de opinião, de expressão, de reunião, de associação, dentre outros) pressupostos do regime democrático. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20.

⁴ Ibidem, p. 22.

relevância ainda para a reflexão, muitas vezes velada e restritiva, em torno de “quem” compõe o povo.

Buscando responder de modo crítico a esta última questão, considerada ponto de partida para a compreensão da democracia, Friedrich Müller a relaciona com o problema da legitimidade e observa a existência de quatro modalidades de utilização do termo “povo”.⁵

A primeira a ser especificada é a de “povo” ativo, tido como a totalidade dos votantes enquanto “fonte de determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas”.⁶ Contudo, embora esse caráter ativo faça parte do procedimento democrático, sendo capaz de instituir e pôr em vigor a constituição, não se apresenta como bastante para legitimar todo o complexo sistema que compõe a democracia.

Destarte, em uma sociedade em que o poder emana do povo, este não pode ser meramente considerado como fonte ativa e mediata da instituição de normas jurídicas. Em uma democracia cabe a ele, ainda, aceitar globalmente o ordenamento jurídico, não se revoltando contra o mesmo, embora deva possuir meios para tanto. Daí Müller falar em “povo” como instância global de atribuição de legitimidade, coincidindo na prática com os titulares da nacionalidade.⁷

Todavia, distorções podem levar à utilização do conceito de povo como objeto, e não sujeito, fugindo à prática democrática para erigir-se à condição de instrumento de dominação, notadamente por meio do agrupamento de uma pluralidade real em torno de uma unidade ideológica abstrata. A tal concepção, Müller atribui a denominação de “povo” como ícone, observando servir esta utilização apenas para não responder ou ocultar a celeuma em torno da legitimidade.⁸

Embora, como visto acima, o “povo” ativo refira-se aos eleitores, e o “povo” como instância de atribuição coincida com os nacionais de respectivo país, não se devem restringir a estes as prestações do Estado, uma vez que os ditames constitucionais democráticos amparam e impõem-se a toda população do território estatal⁹. Assim, Müller afirma que, para garantir a preservação da essência constitucional democrática, deve haver a observância dos direitos do “povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado, do qual ninguém pode ser legitimamente excluído¹⁰.

Uma análise distraída das observações de Müller pode levar a crer que a prática democrática apresenta quatro povos, ou quatro conceitos de povo. Todavia, o que

⁵MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia, São Paulo: Max Limonad, 1998.

⁶ Ibidem, p. 56.

⁷ Ibidem, p. 61 e 79.

⁸ Ibidem, p. 59-64.

⁹ Ibidem, p. 75-77.

¹⁰ Ibidem, p. 80 e 108.

referido autor defende é a existência de três esferas funcionais que, correlacionando-se na busca da coincidência real entre povo e população, contrapõem-se ao “povo” -ícone¹¹.

Ao lado dessa discussão semântica em torno do *demos*, não se pode ignorar a compreensão de *kratos*, o qual faz com que o povo não seja considerado apenas em sua acepção tradicional de sujeito do poder decisório e do exercício do poder, devendo ser levado a sério como fator determinante pra a legitimação do sistema.

Há sempre de se considerar que a democracia não possui razão de ser em si mesma, e sim na consecução de valores essenciais de convivência humana, fazendo da ligação povo-governo um meio ou, nas acertadas palavras de José Afonso da Silva, “um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.¹²

Na busca desta noção fundamental, Bobbio caracteriza como regime democrático “primariamente um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados”.¹³

Ainda que a democracia seja apresentada atualmente como norte do regime político brasileiro, sendo este o objeto específico do presente estudo, deve-se ter sempre em consideração que a isto não se restringe. Uma sociedade democrática é, antes de tudo um modo de vida, vigente não só na relação Estado-indivíduo, mas também nos relacionamentos interpessoais.¹⁴

2. Sociedade homogênea contraposta à sociedade pluralista

A teoria democrática do Estado moderno surge com orientação notadamente individualista, além de influenciada pelo contratualismo, pela nascente economia política e pela filosofia utilitarista.

A partir de tal concepção, o Estado surgiria através de acordo firmado entre indivíduos soberanos, devendo propiciar a estes o bem comum sem a necessidade de intermediários, como os existentes nas sociedades medievais e no Estado estratificado anterior às monarquias absolutas. O povo formaria, deste modo, uma fictícia unidade soberana.

¹¹ Ibidem, p. 111.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 130.

¹³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 12. O autor reconhece o caráter procedimental de tal definição, mas afirma ser a única suficientemente clara e passível de oposição a outro tipo ideal de forma de governo.

¹⁴ Para melhor compreensão desta concepção, vide BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 129 e ss.; CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 6.ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 422 e ss.

Porém, a história ignorou a teoria. Na busca pela intervenção direta ou indireta na vontade estatal, os protagonistas do cenário político democrático cada vez mais são os grupos organizados em torno dos mais diversos liames (ideológicos, profissionais, econômicos, entre outros), em detrimento da atuação do indivíduo isolado.

O ideal da sociedade centrípeta, com o povo unificado em torno de uma vontade comum, semelhante àquela antes elaborada apenas pelo príncipe, a ser satisfeita pelo ordenamento estatal, deu lugar à prática de uma sociedade centrífuga, pluralista, onde o povo encontra-se de fato dividido em grupos concorrentes e muitas vezes conflitantes. Como bem expõe Marilena Chauí, “a sociedade democrática é aquela que não esconde suas divisões, mas procura trabalhá-las pelas instituições e pelas leis”.¹⁵

Desta maneira, em uma organização social pluralista, tal qual incontestavelmente é a brasileira, a legitimidade do Estado passa a se fundar não mais na legalidade que busca a vontade unificada, mas na “consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como ‘reais’, ‘justas’ e ‘éticas’”.¹⁶

3. Representação de interesses

Ao lado da ideia de unidade da vontade popular una, que englobe de forma homogênea os interesses de todos os indivíduos soberanos, nada mais lógico do que conceber a representação política com um caráter global, não vinculada a nenhum interesse específico de determinado indivíduo ou agrupamento social. Lógico e coerente em seus próprios termos, mas não em um contexto democrático de seres reais.

Este paradigma, embora dotado de elaborada construção intelectual, apresenta-se como um dos mais eficientes meios de usurpação da vontade popular, contribuindo notadamente para o nominalismo da democracia, por meio de representantes que supostamente exercem o poder em nome do povo para, em realidade, atender interesses de grupos específicos.

Na realidade, a ideia de que o representante deve exercer um mandato livre confronta com uma sociedade composta por grupos que gozam de relativa autonomia na luta pelo poder, que buscam tornar política de Estado os seus interesses corporativos, fazendo identificar como geral a vontade de seu grupo.

Além disto, tal concepção é totalmente contraditória com a existência de um sistema partidário, dada a total incompatibilidade do exercício de um mandato livre a partir de representantes vinculados a determinado partido político.

¹⁵ CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*, p. 433.

¹⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Poder*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 89.

A prática recente na política brasileira mostra a todos a eficiência dos meios repressivos de que gozam os partidos para censurar àqueles “representantes do povo” que ousem se contrapor à vontade do partido. Isto em uma estrutura em que o eleitor escolhe seu candidato com motivações personalistas e, por meio do quociente eleitoral, elege um partido cuja concepção ideológica desconhece.

Em uma sociedade democrática, na qual a vida política se encontra organizada em partidos sedentos de votos, observa-se que institutos originários de direito privado, como os acordos, presidem a lógica do direito público, onde deveria imperar a lógica de domínio.¹⁷ Chega-se a estruturas como a no Brasil denominada de “presidencialismo de coalizão”, na qual o chefe do Poder Executivo não governa sem o apoio parlamentar, qualquer que seja a forma de obtê-lo.

Essa contratualização da sociedade apresenta-se clara na atual relação eleitoral, podendo-se distinguir o “grande mercado”, englobando os acordos dos partidos entre si, e o “pequeno mercado”, onde se dá o relacionamento dos partidos com os seus eleitores (clientes).¹⁸

Se considerados dados da última eleição nacional no Brasil, 70% dos deputados federais eleitos declararam ter recebido recursos de ao menos uma das dez empresas que mais doaram, por meios declarados, às campanhas eleitorais.¹⁹

Isto significa que as dez maiores doadoras, pessoas jurídicas, contribuíram financeiramente para a eleição de 360 dos atuais 513 membros da Câmara dos Deputados. Por óbvio, os interesses dos financiadores, importantes atores do cenário econômico, vão muito além do fortalecimento da disputa democrática.²⁰

Ademais, à medida que determinado sistema de representação política apresenta-se incapaz de canalizar as demandas sociais no sentido de concretizá-las em prestações do Estado, apresenta-se com maior relevância o papel dos grupos de pressão.

No pluralismo brasileiro, tais grupos assumem importância paralelamente aos partidos políticos, mas muitas vezes relacionando-se com os mesmos. Contudo, apresentam como peculiaridade o exercício de influência sobre o Poder Público,

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 135.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 139. Na mesma obra, o autor ressalta a distinção entre o fenômeno da contratualização da sociedade (objeto de análise histórica) e o contrato social originário e metafísico (modelo regulador), sendo que, atualmente, a discussão em torno do último surge da exigência de se encontrar uma solução para o primeiro. p. 147.

¹⁹ BURGARELLI, Rodrigo; MAIA, Lucas de Abreu; TOLEDO, José Roberto de Toledo. *As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara*. Estadão. disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>>, acesso em: 20 jul. 2017.

²⁰ Em 17 de setembro de 2015, no julgamento da ADI n. 4650, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Cf. STF – ADI 4650/DF. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016.

motivado pela busca do atendimento de específicos interesses por meio de medida governamental.²¹

Assim, é fictícia a pretensão proibição de mandato vinculado, pois, além dos fracos meios probatórios, inexistente sanção para tanto. Observa-se cada vez mais o exercício do poder estatal em favor das elites formadas por aqueles grupos de maior influência, via de regra, econômica, oprimindo as minorias mesmo com toda a pluralidade social.

4. Persistência das oligarquias

A superação da dicotomia entre governantes e governados é um dos pilares da origem do pensamento democrático, a partir da liberdade entendida por autonomia, ou seja, a capacidade de dar normas a si próprio.

É interessante a concepção de Santiago Nino, ao formular como princípio da autonomia a livre eleição individual de planos de vida e persecução de ideais de excelência humanos, não cabendo ao Estado ou aos demais indivíduos interferir em tal escolha, mas apenas desenhar instituições que facilitem a busca de sua concretização, afastando a interferência mútua.²²

Não obstante, o homem econômico do Estado liberal tende a não possuir disposição material de imiscuir-se em todas as deliberações da complexa organização estatal. Desta feita, o próprio sistema representativo surge como mitigação necessária à autonomia tal qual idealmente preconizada.

A história mostra que, conforme pensamento atribuído a Arnold Toynbee, “a desgraça dos que não se interessam por política é serem governados pelos que se interessam”, chegando Bobbio a concordar com o questionável pensamento de Joseph Schumpeter quando este defendera que “a característica de um governo democrático não é a ausência de elites mas a presença de muitas elites em concorrência entre si para a conquista do voto popular”²³.

No texto de nº10 de “O Federalista”, atribuído a Madison, este, após reconhecer os malefícios das facções para a estabilidade de um governo popular que busque o bem

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 427.

²² NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205. John Rawls, em raciocínio pautado nas instituições básicas de uma sociedade, defende que “uma sociedade bem ordenada afirma a autonomia das pessoas e encoraja a objetividade dos seus juízos ponderados sobre a justiça” (p. 394), sendo que “os membros de uma sociedade bem ordenada, quando avaliam os seus projetos de vida através dos princípios da escolha racional, decidirão manter o seu sentido de justiça como forma de regular a sua conduta uns face aos outros” (p. 389). RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 27.

comum, admite não ser possível suprimir suas causas, uma vez que isto implicaria ou na supressão da liberdade ou na homogeneização de opiniões, sentimentos e interesses²⁴.

Todavia, no intuito de evitar a dominação das minorias por uma “maioria interesseira e arrogante”²⁵, Madison propõe como solução não a confiança na virtude dos cidadãos, como fizeram Rousseau e Montesquieu, mas sim a neutralização dos efeitos das facções²⁶.

Segundo Madison, somente em uma República seria possível tal neutralização. Frise-se que, em seu pensamento, entende-se por República um governo popular representativo, e nunca uma democracia pura (direta), pois nesta “o interesse comum dominará, em quase todos os casos, a maioria do conjunto”²⁷.

Não obstante, para alcançar o fim proposto, reconhece a insuficiência do sistema representativo, uma vez que pode ser distorcido por indivíduos de comportamento faccioso. Nesse sentido, apresenta como segundo filtro a multiplicação das facções, tão verificável quanto maior for a população, donde resultaria uma neutralização recíproca, tornando impossível o controle exclusivo do poder por uma só facção em um sistema de poder social altamente desconcentrado.²⁸

Sem desconsiderar o esforço de Madison na busca da coordenação dos interesses conflitantes na sociedade, não se pode ignorar que ele é omissos quanto à outra possível consequência desta neutralização, a saber, a paralisia do governo, da qual pode resultar efeitos ainda mais perniciosos do que aqueles por ele refutados²⁹.

Ademais, em uma estrutura social como a capitalista, na qual é intrínseca a desigualdade material, seria ingênuo supor que a limitação do exercício do poder seria alcançada com o elitismo dos dirigentes³⁰, uma vez que estes alinham-se com o poderio econômico na busca de fazer dos interesses deste o norte da política do Estado.

Desta sorte, a impotência do Estado perante os poderosos grupos de interesse induz o moderno pensamento democrático a defender a necessidade de um novo

²⁴ MADISON, James. “O federalista”. Texto nº10. In: WEFFORT, Francisco C (org). *Os clássicos da política*. v. 1, p. 262-263. No mesmo texto, o autor define como facção “um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade.” p. 263.

²⁵ Ibidem, p. 262.

²⁶ LIMONGI, Fernando Papaterra. “O federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C (org). *Os clássicos da política*. v. 1. p. 252.

²⁷ MADISON, James. op. cit., p. 266.

²⁸ Ibidem, p. 267.

²⁹ LIMONGI, Fernando Papaterra. op. cit., p. 254.

³⁰ O próprio Madison, mesmo sendo caracterizado por seu viés liberal, reconhece que “a fonte mais comum e duradoura das facções tem sido a distribuição variada e desigual da propriedade”. MADISON, James. “O federalista”. Texto nº10, In WEFFORT, Francisco C (org). Op. cit. v. 1, p. 264.

contrato social, fundado na justiça distributiva.³¹ Isto porque o indivíduo já não mais se contenta com a legitimação do poder, trazida pela justiça comutativa liberal, mas aspira a uma efetiva distribuição de riqueza/poder que possa ao menos atenuar as desigualdades dos pontos de partida.³²

No Brasil, conforme dados publicados pela OXFAM em janeiro de 2017, os 06 homens mais ricos concentram a mesma riqueza que 50% da população, ou seja, mais de 100 bilhões de pessoas.³³

Não se apresenta factível acreditar que, embora tenham o igual direito de voto assegurado pela Constituição de 1988, um indivíduo pertencente aos 50% mais pobres participará da mesma forma que um dos seis maiores bilionários na formação da vontade estatal. Da mesma forma, não se pode crer que a mudança de regras eleitorais surtirão efeitos no aprofundamento do princípio democrático se mantida a mesma estrutura de desigualdade econômica.

5. Limitado espaço democrático

Na luta pelo alargamento do exercício do poder democrático, ampliando-se cada vez mais o direito à participação política, a discussão sobre o aspecto numérico ofuscou a reflexão em torno da profundidade do poder democrático emancipatório.

A grande preocupação em superar a democracia representativa, com mecanismos de participação direta, fez com que fosse relegado a segundo plano o fato de que o indivíduo de uma sociedade tende a reproduzir no espaço estatal aquela relação que rege sua vida no contato com os mais diversos organismos sociais. Prova disto fora que, historicamente, os direitos políticos foram precedidos por direitos de liberdade conquistados em específicos sistemas de poder no corpo social³⁴.

Uma sociedade democrática não é apenas aquela em que muitos, ou, idealmente, todos do povo, participam das decisões definidoras de políticas estatais em última instância, mas também aquela em que o indivíduo participa de muitas/todas as decisões sociais que lhe dizem respeito. A democracia, antes de ser um aspecto da relação do cidadão com o Estado deve ser uma característica de participação do fiel na Igreja, do membro no partido, do consumidor nas relações de consumo, do corpo docente e discente na universidade, entre outros.

³¹ Uma referência de concepção contratualista de estrutura social, com base em princípios de liberdade e justiça distributiva, está em RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993, p. 209 e ss.

³² BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 148.

³³ OXFAM BRASIL. *Uma economia para os 99%*. Oxfam Brasil, disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/davos2017>>, acesso em: 26 jun. 2017.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 28.

Enquanto a democracia for tida apenas por seu aspecto “estritamente político”, referindo-se ao modo de governo do Estado, não passará de instrumento para “legitimar” o autoritarismo social em sociedades como a brasileira, onde a liberdade é ignorada pela violência às minorias e a igualdade não tem lugar, pois as pessoas, unificadas como “povo” ícone, em circunstância real encontram-se divididas, sob a ótica tecnocrata capitalista, em inferiores, que devem obedecer, e superiores, que devem mandar.³⁵

Não soa factível esperar que um laboratório não democrático possa gerar práticas democráticas. Ou seja, não se pode esperar que uma sociedade que conviva normalmente com práticas autoritárias em diversos espaços sociais pratique plenamente a democracia em seu sistema político.

6. Poder invisível

Outra promessa democrática da Constituição da República de 1988, notadamente decorrente do princípio da publicidade, expresso em dispositivos como o caput do artigo 37, foi a supressão das faces ocultas do poder. O exercício deste deveria ser público não só no sentido de tangente à coisa pública, mas também no sentido de ser claro e desmascarado perante o povo do qual emana sua legitimidade.

Entretanto, na desigual sociedade brasileira, em que a existência de elites não só políticas, mas econômicas, faz-se de modo tão acentuado, salta aos olhos a existência de uma influência determinante nas decisões do Estado que não necessariamente coincide com a vontade da maioria dos “votantes”. Não se pode olvidar aquilo que há muito Lassalle já qualificou como a verdadeira constituição de um Estado, a saber, os fatores reais de poder.³⁶

Em uma República, as ações ocultas não são apenas injustas. Isto porque, caso reveladas pelo governante, poderiam inclusive fomentar no povo reação forte o suficiente para impossibilitar a sua execução.

A própria noção de escândalo público possui sua origem na revelação de ato ou conjunto de atos até então ocultados pelo agente público pois, de outra forma, não seriam passíveis de concretização, dada a sua dissonância com os interesses do povo ao qual aquele deveria servir em uma democracia.

³⁵ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*, p. 435-436. A exclusão faz com que o “povo ativo”, o “povo como instância de atribuição” e o “povo-destinatário” degenerem em “povo”-ícone, deslegitimando qualquer sistema que se pretenda democrático. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia, p. 105.

³⁶ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de Walter Stönnner 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, p. 29 e 59.

Ainda mais grave se apresenta a influência do poder invisível naqueles que, em uma sociedade que se pretende democrática, detêm a função não só de servir, mas de representar, ou seja, tornar presente o povo.

Ao lado dessa ideia de representação, o pensamento democrático também defende a proximidade física, possibilitando uma visibilidade palpável ao público de quem esteja investido no poder.

Nesse diapasão, a partir de uma estrutura social onde o exercício do mais alto poder encontra-se espacialmente concentrado, surge a importância dos mecanismos de comunicação de massa para encurtar tais relações. Isto porque a opinião pública, ou seja, a opinião referente aos atos decisórios da *res publica*, torna-se mais relevante à medida em que são claramente compartilhadas informações com o indivíduo.

Não obstante, são lamentáveis exemplos como o da sociedade brasileira, na qual a televisão, sendo o mais expressivo meio de comunicação social, encontra-se como “patrimônio privado de grupos oligárquicos”,³⁷ não se podendo contar com o poder conscientizador e transformador de tal instrumento enquanto não for desvinculado de um restrito grupo que lidera forças socialmente dominantes.

O uso eficaz da televisão, aliado a técnicas de propaganda, apresenta-se como elemento influente tanto na eleição quanto na destituição dos mais altos mandatários da República desde a promulgação da Constituição de 1988.

Neste sentido, ainda que a democracia admita em seu regime o segredo temporário de determinados atos do Estado, difere do autoritarismo, dentre outros aspectos, por apresentar os *arcana imperii*³⁸ como exceção que apenas confirma a regra de publicidade dos atos públicos.

Embora um tema preocupante quando da análise do controle da publicidade dos atos públicos seja a de controle dos controladores, deve-se ressaltar que apenas no regime democrático é possível desenvolver mecanismos de publicização por meio da livre crítica e expressão.³⁹

³⁷ SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002, p. 54. Para completar uma espécie de círculo vicioso, apresenta-se o observado por Fleischer, no sentido de que, cada vez mais, os políticos é quem são os proprietários das emissoras locais e regionais. FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 10, p. 79-103, dez. 2000, p. 84.

³⁸ Em latim no original: autoridades ocultas, misteriosas.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 102. O autor cita ainda como operação típica de publicização a denúncia de escândalos.

7. Apatia política

O “elitismo democrático”⁴⁰, ao defender que o povo só se apresentaria capaz de governar a si próprio após ser previamente preparado por uma elite, formada por uma classe culturalmente superior, nada mais faz do que, convenientemente, inverter a ordem entre os pressupostos e os objetivos da democracia.⁴¹

A conveniência de tal concepção para a classe dominante está no fato de que, com o “elitismo democrático” há a eliminação de um dos principais caracteres da democracia, que é o seu caráter dinâmico.

A partir do momento em que uma elite determina, entre outras políticas públicas, os nortes educacional e cultural de uma sociedade, não se pode esperar que ocorra de forma natural a atribuição de tais elementos ao restante da sociedade, notadamente quando se apresentam como mercadorias de consumo, inacessíveis à maioria do povo de sociedades materialmente estratificadas.

A democracia não possui outro pressuposto que a existência de uma sociedade. A partir desta, o povo, valendo-se dos instrumentos democráticos, pode ser alcançada toda a gama de direitos sociais, entre os quais a educação e a formação cultural.⁴²

Aos defensores da tese da incompetência do povo para governar a si mesmo, deve-se contrapor aquela dúvida que há muito Lord Russel suscitara: “Quando ouço falar que um povo não está bastante preparado para a democracia, pergunto se haverá algum homem bastante preparado para ser déspota”.⁴³

Destaque-se que, sob o manto desse contraditório “elitismo democrático”, já foram instaurados regimes como aquele que, a partir de um constitucionalismo fundado na doutrina da segurança nacional, manteve o Brasil sob a condução dos “democráticos”⁴⁴ militares por mais de duas décadas em pleno século XX.

Entretanto, há de se reconhecer que, mesmo com a já limitada gama de espaços democráticos, os indivíduos mostram-se cada vez mais desinteressados por eles, notadamente quando se trata da sua participação na vontade do Estado.

Conforme dados do Informe 2016 da Corporación Latinobarómetro, apenas 32% da população brasileira consideram a democracia como um regime preferível a qualquer

⁴⁰ Expressão originalmente utilizada por Peter Bachrach. Crítica de la teoría elitista de la democracia, Buenos Aires, p. 17, apud SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 131.

⁴¹ SILVA, José Afonso da., op. cit., p. 132.

⁴² Ibidem, p. 132.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 266.

⁴⁴ O então Presidente Figueiredo louvava o caráter democrático de seu governo, condenando a demagogia, cf. FIGUEIREDO, João Batista de Oliveira. Democracia favorece sociedade mais justa. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 9 (1/2), p. 315-317, 1980.

outro. Este número é inclusive muito inferior à média latino-americana, que não é das melhores, na casa de 54%.⁴⁵

Isso ocorre não por consequência de uma suposta incapacidade do povo para exercer a democracia, mas sim pelos interesses materiais dos indivíduos que o compõem. O homem econômico do Estado liberal não é mais aquele totalmente dedicado à política, como outrora fora o antigo homem grego, necessitando, antes de tudo, garantir o seu sustento em uma sociedade capitalista que possui a desigualdade de bens como um de seus pilares.

Ainda segundo o Informe 2016 da Corporación Latinobarómetro, 55% dos brasileiros afirmam não se importar se o governo fosse não democrático, mas resolvesse os problemas econômicos. Também neste item a pesquisa brasileira revela números mais preocupantes que a média da América Latina, que é de 47%.⁴⁶

Deste modo, na medida em que os interesses populares são distorcidos por falhas do sistema representativo, a grande maioria do povo não mais consegue identificar a manifestação da vontade estatal (*output*) com a vontade que neste primariamente introduzira (*input*), quer seja pelo voto ou por outro meio.

Ao não ver seus interesses satisfeitos mediatamente por atos estruturais do Estado, o indivíduo busca tal consecução imediatamente, travando uma relação de troca, através da prestação do voto, com os ditos políticos profissionais, que oferecem como contraprestação a vantagem ou a não desvantagem.⁴⁷ Destarte, cada vez mais o voto de permuta ganha o lugar do idealizado voto de opinião, não só onde o exercício deste instrumento é obrigatório, como no Brasil.

Em última instância, toda a apatia do titular do poder apenas corrobora a ideologia democrática de uma sociedade profundamente marcada pela desigualdade, que consegue sistematicamente mascarar o seu autoritarismo social perante o povo, ainda lhe atribuindo a culpa por isto.

8. Tecnoburocracia

Ao menos três óbices, conexos entre si, contribuíram para a não realização das promessas da democracia idealizada na Constituição de 1998: a tecnocracia, o aumento do aparato estatal e o baixo rendimento estatal.

A partir do momento em que a economia familiar é superada pela economia de mercado, e nesta passa o aparato estatal a intervir como Estado social, as decisões deste

⁴⁵ CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe Latinobarómetro 2016*. Buenos Aires, 2016. Disponível em: <www.latinobarometro.org>. Acesso em: 28 de abr. 2017, p. 11.

⁴⁶ Ibidem, p. 21.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 141-142.

tendem a apresentar uma complexidade técnica muito maior do que aquela de que o chefe familiar necessitava.

Todavia, historicamente, esse conhecimento técnico, ainda que o mínimo necessário para a condução do Estado, fora restrito, quer pela apatia do povo ou pela conveniência aos fatores reais de poder, a um pequeno segmento da sociedade, denominado tecnocrata. Se a democracia se sustenta sobre a hipótese de que todo o povo pode decidir sobre tudo, ela se apresenta incompatível com a tecnocracia.⁴⁸

Para efetivar as diversas responsabilidades assumidas com o povo, o Estado social desenvolve, também, um enorme e complexo aparato burocrático. Contudo, como bem salienta Wolkmer, “o mecanismo do aparato burocrático tem exercido um poder de cooptação imobilista sobre a ação comportamental dos indivíduos e sobre todo o sistema de relações geradas pela sociedade”.⁴⁹

De um lado, há a multiplicação da quantidade e a rapidez das demandas sociais dirigidas ao governo. De outro, há a morosidade burocrática da classe política e administrativa no momento de tomar as decisões adequadas e as executar. O sistema político coagido é levado a fazer opções excludentes, criando descontentamento aos interessados na realização da opção que fora excluída.

Cria-se uma defasagem entre o mecanismo de imissão e o mecanismo de emissão, uma vez que a democracia traz facilmente a demanda ao Estado, mas torna complexo o caminho da resposta à sociedade. Isto é justamente o oposto do que se verifica em um sistema autocrático, onde o príncipe ignora a opinião da sociedade civil e movimenta de ofício o aparato estatal.⁵⁰

Para que a administração política da vida pública se apresente a serviço do povo, como elemento emancipatório e não como instrumento de alienação e dominação a serviço de determinada elite, fazem-se necessárias a minimização e o controle de baixo para cima das funções burocrático-centralizadoras, em favor de outras práticas de formas descentralizadas, participativas e democráticas.⁵¹

Considerações finais

Muito embora o objeto do presente estudo tenha enfoque nas formas institucionalizadas de regência do Estado, há de se ressaltar que a necessidade de transformações não se restringe a este aspecto, devendo abranger notadamente as

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 34.

⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Poder*, p. 40.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 36.

⁵¹ WOLKMER, Antonio Carlos. op. cit., p. 60. A respeito dessas práticas necessárias, o autor cita a gestão compartilhada, o sistema de conselhos, o rodízio do poder e o direito de revogação e deposição mandatária. p. 59-60.

práticas que visam fazer com que a democracia ultrapasse seu sentido restrito a sistema político⁵² para firmar-se como modo de vida, impregnando-se ao costume social.⁵³

Frise-se que apontar problemas na estrutura do Estado Social brasileiro, que muitas vezes compromete sua governabilidade, não implica em concordar que a proposta liberal de um Estado mínimo seria o mais sensato. Pelo contrário, em uma sociedade extremamente desigual como a brasileira, retirar do Estado a definição e a condução das políticas públicas significaria rebaixar todo um rol de direitos sociais dos menos favorecidos à condição de expectativa de favores da elite econômica.

Diante de tal impasse histórico, há de se levantar o aprofundamento da democracia a partir de um novo contrato social reconhecendo os grupos, mas fundado no indivíduo enquanto princípio e fim de todo projeto social de libertação, superando assim a concepção holística do Estado, que de Aristóteles a Hegel defende a superioridade do todo em relação às partes.⁵⁴

Sem ignorar os óbices estruturalmente opostos à democracia no Estado brasileiro, há transformações que se apresentam não só como possíveis, mas necessárias para que o liame que une o *demos* ao *kratos* não se torne um abismo, levando, aí sim, a uma irreversível crise da democracia.

Nesse sentido, a partir do momento em que é proposta a reforma política de determinado Estado historicamente considerado, no caso, o Estado brasileiro da atualidade, faz-se antes necessário enfrentar os problemas expostos neste estudo.

Caso contrário, corre-se o risco de realizar apenas alterações procedimentais secundárias sem enfrentar os aspectos estruturais que impedem o aprofundamento do princípio democrático que legitima o poder estatal, nos termos da Constituição de 1988.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 10. ed. Brasília: Unb, 1997, v. 1 e v. 2.

⁵² Em outro sentido com o mesmo resultado, pode-se buscar o alargamento do entendimento de política, passando a conceber como tal toda e qualquer relação humana.

⁵³ Em texto que bem trabalha o papel da sociedade na reforma do Estado, Boaventura de Sousa Santos observa que “só uma reforma simultânea do Estado e do terceiro sector, por via de articulação entre democracia representativa e democracia participativa, pode garantir a eficácia do potencial democratizante de cada um deles face aos fascismos pluralistas que se pretendem apropriar do espaço público não estatal”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Oficina do CES n. 134. Jan. 1999. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 41-42

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, p. 127.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial: A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Os poderes desarmados: à margem da ciência política, do direito constitucional e da história - Figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BURGARELLI, Rodrigo; MAIA, Lucas de Abreu; TOLEDO, José Roberto de Toledo. *As 10 empresas que mais doaram em 2014 ajudam a eleger 70% da Câmara*. Estadão. disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,as-10-empresas-que-mais-doaram-em-2014-ajudam-a-eleger-70-da-camara,1589802>>, acesso em: 20 jul. 2017.
- CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001.
- _____. *Convite à filosofia*. 6.ed. São Paulo: Ática, 1995.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe Latinobarómetro 2016*. Buenos Aires, 2016. Disponível em: <www.latinobarometro.org>. Acesso em: 28 de abr. 2017.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O renascer do direito: direito e vida social; aplicação do direito; direito e política*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FIGUEIREDO, João Batista de Oliveira. Democracia favorece sociedade mais justa. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 9 (1/2), p. 315-317, 1980.
- FLEISCHER, David. Reforma política e financiamento das campanhas eleitorais. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 10, p. 79-103, dez. 2000.
- FREIRE, Jurandir. A ética democrática e seus inimigos: o lado privado da violência pública. In: ROITMAN, Ari (Org.). *O desafio ético*. Rio de Janeiro: Garamond, 2000. p. 77-89.
- HERKENHOFF, João Batista. *Direito e cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Título original: Die normative Kraft der Verfassung.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Tradução de Walter Stönnner 3.ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- MORAES FILHO, José Filomeno. O processo partidário-eleitoral no Brasil: a literatura revisitada. *Revista brasileira de estudos políticos*, Belo Horizonte, n. 86, p. 49-84, jan. 1998.

- MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Introdução à história dos partidos políticos brasileiros*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* a questão fundamental da democracia, São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- OXFAM BRASIL. Uma economia para os 99%. Oxfam Brasil, disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/davos2017>>, acesso em: 26 jun. 2017.
- QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. *Constituições brasileiras e cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.
- QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Tereza Sadek R. de (Org.). *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa: Editorial Presença, 1993
- REIS, Márlon Jacinto. [Mercadores de votos, cerca-igrejas e cacetistas](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, [ano 9](#), [n. 339](#), [11jun. 2004](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5324>>. Acesso em: 25 ago. 2017.
- RIBEIRO, João Ubaldo. *Política: quem manda, por que manda, como manda*. Revisão de Lucia Hippolito. 3 ed. rev. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1998.
- ROCHA, Leonel Severo. A democracia racional: a teoria do sufrágio em Rui Barbosa. In: BORGES FILHO, Nilson. *Direito, Estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: S. A. Fabris; Florianópolis: CPGD – UFSC, 1995.
- SALDANHA, Nelson. *O pensamento político no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Oficina do CES n. 134. Jan. 1999. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017, p. 41-42
- SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, política e justiça na contemporaneidade*. Campinas: Edicamp, 2002.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Título original: Qu'est-ce que le Tiers État?
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998, v. 1 e v. 2.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e Poder*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VIOLÊNCIA, DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Rodolfo Jacarandá¹

Universidade Federal de Rondônia

Sumário: 1. Introdução: Violência, reconhecimento e democracia; 2. Encarceramento em massa e criminalidade; 3. O modelo de exclusão e a necessidade de rediscutir os fundamentos democráticos; 4. Práxis normativa e reconhecimento democrático; 5. Conclusão: O direito e a democratização dos fundamentos do poder; Referências

1. Introdução: Violência, reconhecimento e democracia

O Brasil é um dos países mais violentos do mundo. É o campeão mundial em número de homicídios – cerca de 60.000 por ano – e o que mais mata em acidentes de trânsito – outras 50.000 mortes por ano². Um terço dos homicídios da América Latina são cometidos no Brasil – América Latina que é a região mais violenta do mundo em taxa de homicídios. Com a quarta maior população carcerária do mundo, o Brasil, diferente de Estados Unidos, China e Rússia vem aumentando suas taxas de encarceramento, enquanto seus indicadores de criminalidade também aumentam, vertiginosamente³. Em recente relatório do City Major Foundation, o Brasil registrou 16 das 50 cidades mais violentas do mundo⁴.

A piora recente nos indicadores sociais de violência e criminalidade veio acompanhada de uma crise institucional sem precedentes desde a reabertura democrática, em meados dos anos 1980.

Mas o cenário de agravamento desses indicadores não é consequência, apenas, da crise política em curso no país. Reflete, antes, o conjunto de decisões equivocadas sobre a correta gestão dos graves problemas sociais que estruturam a socialização brasileira.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal de Rondônia. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UNIR “Ética e Direitos Humanos”, Coordenador do Mestrado Profissional Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - DHJUS. rfjacaranda@uol.com.br; O presente trabalho atualiza uma pesquisa em andamento sobre a relação entre os indicadores sociais de violência no Brasil – especialmente aqueles relacionados com o encarceramento em massa e a segurança pública – e a estrutura da democracia constitucional. Alguns de seus resultados parciais já foram anteriormente publicados.

² IPEA. *Atlas da violência 2016*. Nota técnica n. 17. Fórum Brasileiro da Segurança Pública. Brasília, 2016.

³ DEPEN. “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - 2016”. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN – 2016.

⁴ CITY MAJOR FOUNDATION. <http://www.citymayors.com/security/latin-american-murder-cities.html>

O acirramento da violência interna e as deficiências na construção de um modelo inclusivo de justiça social não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Durante a maior parte do século XX os discursos políticos assumiram a responsabilidade pela definição dos modelos de justiça social em todo o mundo.

Durante a guerra-fria, entre o liberalismo de influência norte-americana e o comunismo soviético diversas outras ideologias dominaram os debates sobre a reconstrução dos Estados e suas sociedades em mutação constante desde a industrialização, passando por duas guerras mundiais até as lutas incessantes pelo fim do colonialismo.

A partir do último quarto do século, contudo, com a crise do petróleo e a queda, lenta e gradual, dos regimes sob influência da cortina de ferro, o papel do direito como nova linguagem dos discursos de socialização começou a crescer exponencialmente. Não apenas a linguagem dos direitos humanos cumpriu essa função. O próprio constitucionalismo se tornou uma regra por toda parte, levando consigo a ideia de associar a forma jurídica do Estado ao regime democrático, tido por historicamente vitorioso e devido a todos os povos.

Mas os projetos políticos criados para reconstruir os países durante o fim do comunismo, da abertura democrática dos países latino-americanos e da independência das antigas colônias na África e na Ásia esbarraram com uma constatação difícil de superar ainda hoje: a linguagem dos direitos não se confunde, automaticamente, com uma ideia única de democracia, aplicável a todos os casos.

Inúmeros experimentos sociais se esforçaram por dar conta do crescimento das tarefas do Estado de bem-estar social, enquanto governos cada vez mais sob pressão se fragilizavam por não saber como incluir, por meio de processos de legitimação mais radicais, o interesse de parcelas cada vez maiores de populações crescentemente ansiosas para dividir os benefícios do poder.

O Brasil começou a enfrentar esse processo com a reabertura democrática, no início dos anos 1980, e, mesmo com a constituinte de 1987-1988, ainda vem enfrentando desafio semelhante, com poucos sinais de estabilidade e satisfação social à vista.

As crises de representação e legitimação do poder público que se sucedem desde 2013 até este momento no país simbolizam justamente o crescimento de uma opinião pública interessada em assumir novas posições de destaque nas arenas políticas.

Mas os graves déficits de cidadania existentes no Brasil impõem limitações que ameaçam a possibilidade de esse conjunto de ações um tanto desordenadas atingir resultados que possam aumentar os indicadores de justiça social e reformular os princípios básicos de nossa eticidade democrática sob ameaça pela corrupção sistêmica, declínio econômico e violência acentuada quase três décadas após a promulgação da Constituição da República de 1988.

Proponho que esse cenário seja analisado como um processo histórico que não conseguiu aprofundar a democratização normativa no país. Preocupado com os conflitos

que nascem das experiências de desrespeito, desigualdade e ausência de capacidade para realizar direitos no Brasil contemporâneo, vou analisar, a seguir, aquilo que considero um déficit de fundamentos democráticos no novo constitucionalismo brasileiro (II). Para melhor compreender as dificuldades extremas enfrentadas pelo aumento dos indicadores de violência no país vou descrever o cenário atual da relação entre encarceramento em massa e criminalidade, de modo a retratar o crescimento de um modelo de exclusão social que afeta diretamente o projeto democrático inclusivo brasileiro (III).

Usando os conceitos de John Dewey sobre a democracia e de Jürgen Habermas e Axel Honneth sobre a relação entre o direito e a justiça, irei, após, fazer uma análise crítica sobre um conceito de cidadania que vincule reconstrução normativa e reconhecimento democrático. A cidadania, entendida dessa forma, seria a base primordial para construirmos um Estado de direito efetivamente democrático e, portanto, justo (IV). Por fim, a título de conclusão, avaliarei, brevemente, o papel do poder judiciário brasileiro e sua atuação em face da necessidade de realizar esse projeto democrático no país (V).

Minhas conclusões demonstram que a democracia somente pode funcionar se os processos cotidianos de tomada de decisões forem também democratizados em seus fundamentos, o que, basicamente, significa aumentar a capacidade de os cidadãos efetivamente assumirem o controle dessas mesmas decisões.

Evidentemente, a proteção a direitos fundamentais é essencial para qualquer sociedade justa, e a previsão constitucional do maior número possível desses direitos é uma vitória histórica. Mas o conjunto de direitos, por si, não garante a reprodução livre e igual da identidade, individual ou de grupos, e nem corrige deficiências graves de respeito moral e social que formam a sociedade brasileira. Ou fazemos o sistema normativo funcionar sob a responsabilidade e o modo de operar decidido por seus destinatários, ou ele não passará de mais um sistema dentre outros sistemas cuja existência somente pode ser definida por sua autopreservação.

Na próxima seção irei descrever de que forma o aumento dos níveis de criminalidade e de encarceramento em massa no país podem nos ajudar a compreender a grave crise do sistema democrático inclusivo que deveria estar em funcionamento após a Constituição de 1988.

2. Encarceramento em massa e criminalidade

No Brasil, houve um crescimento de 575% do número de pessoas presas entre 1990 e 2014⁵. O sistema prisional brasileiro mantém sob custódia, atualmente, mais de

⁵ MINAYO, M. C. S. "Saúde nas prisões: avaliações, políticas e práticas". *Revista Ciência e saúde*. coletiva vol.21 no.7 Rio de Janeiro, Julho de 2016 .

1.015.000 pessoas⁶, incluindo detidos em prisões, condenados ou não, ou pessoas sob prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico.

A maior parte dos presos brasileiros é jovem (55,07% da população privada de liberdade tem até 29 anos), composta por negros (61,67% da população presa), com precário acesso à educação (apenas 9,5% concluíram o ensino médio, enquanto a média nacional gira em torno de 32%).

Entre as mulheres, o ritmo de crescimento do encarceramento entre as mulheres é ainda mais acelerado: cresce 10,7% ao ano. Em 2005, havia no país 12.925 mulheres privadas de liberdade. Em 2014, esse número aumentou para 33.793.

No final de 2014, o número de presos provisórios no Brasil era de 221.054, para um total de 654.372, ou seja, cerca de 40% dos presos ainda não haviam sido julgados. Em muitos estados da federação, o percentual de presos sem condenação detidos a mais de 90 dias ultrapassava 40% e em casos extremos (Espírito Santo) podia chegar a mais de 80% do total de presos⁷.

O crescimento da população carcerária no Brasil transforma o sistema penitenciário em um grande foco de produção de doenças e de submissão ao risco de morrer. Praticamente todas as unidades prisionais brasileiras são superlotadas e a imensa maioria possui uma infraestrutura depredada.

Conforme dados de 2014, a taxa de mortes intencionais no sistema prisional é de 8,4 mortes para cada dez mil pessoas presas por semestre, o que corresponde a 167,5 mortes intencionais para cada cem mil pessoas privadas de liberdade em um ano. Esse valor corresponde a 95,23 por 100 mil habitantes, um valor mais de cinco vezes maior do que a taxa de crimes letais intencionais verificada no Brasil em 2016, fora das prisões - 29,1 mortes por 100 mil habitantes⁸. Uma pessoa presa no Brasil terá 6 vezes mais chances de morrer do que se não tivesse sido privada da sua liberdade.

Segundo dados do Ministério da Saúde, pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%.

Menos de 40% das unidades prisionais contam com módulo de saúde e, mesmo assim, em qualidade insuficiente. São apenas 449 clínicos gerais para os mais de 600 mil

⁶ http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php

⁷ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

⁸ <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>

presos, ou seja, cada médico precisa atender mais de 1.300 pessoas espalhadas pelo Brasil⁹.

A cada 100 pessoas presas em dezembro de 2014, 1,3 viviam com HIV. Da mesma forma, 0,5% da população prisional vivia com sífilis, 0,6% com hepatite, 0,9% com tuberculose e 0,5% com outras doenças¹⁰. Algumas estimativas apontam que pelo menos 135 pessoas presas morrem por mês em todo o país dentro de unidades prisionais¹¹.

Os dados sobre mortes no sistema prisional ainda são bastante imprecisos no Brasil. De acordo com o Ministério da Justiça, 1151 pessoas (homens e mulheres) morreram em unidades prisionais no país, apenas em 2014, incluindo óbitos criminais, naturais, acidentais, suicídios e outros. Porém, os estados com a maior população carcerária – Rio de Janeiro e São Paulo – não informaram seus dados.

De acordo com a ONG Ponte Jornalismo, com informações obtidas mediante ordem judicial, entre janeiro de 2014 e junho de 2015, 721 pessoas morreram dentro das 163 penitenciárias de São Paulo¹². Desse número, o governo paulista informou com alguma exatidão o local e as circunstâncias da morte de apenas 91 presos (cela, banho de sol, enfermaria, etc.). Em 2014, o Ministério da Justiça do Brasil informou a morte intencional de 312 pessoas nas prisões brasileiras. Em 2016, as estimativas apontam 379 mortes violentas em presídios¹³.

Nas últimas décadas o Brasil registrou diversos episódios de massacres em unidades prisionais. A maior delas, em 1991, conhecido como o Massacre do Carandiru, aconteceu na cidade de São Paulo, quando 111 presos foram mortos em uma ação da polícia militar do estado. Em 2002, no presídio Urso Branco, na cidade de Porto Velho, capital de Rondônia, um dos estados da Amazônia brasileira, 27 presos foram mortos em uma chacina ocorrida entre os próprios detentos. Uma segunda chacina, no mesmo presídio, deixou 12 mortos em 2004. O Caso do Presídio Urso Branco é a maior ação proposta perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Levantamentos feitos pelos peticionários do caso apontam a morte intencional de mais de 150 presos entre 2002 e 2007 no sistema prisional do estado de Rondônia. O caso ainda não foi julgado pela CIDH.

⁹<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf> Informativo da Rede Justiça Criminal, 2016, p. 55.

¹⁰ Infopen, 2016, p.

¹¹ <http://www.fiquemsabendo.com.br/2016/01/a-cada-mes-40-detentos-morrem-nos-presidios-paulistas-2/>

¹² <http://ponte.cartacapital.com.br/em-um-ano-e-meio-721-detentos-morreram-no-estado-de-sao-paulo/>

¹³ <http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>

Nos primeiros dias de Janeiro de 2017 ocorreram no Brasil vários episódios seguidos de chacinas de presos, em vários estados da federação¹⁴.

Em Manaus/AM foram 64 presos mortos em três episódios diferentes. Em Boa Vista/RR, foram 33 mortos e em Natal/RN, foram 26 mortos.

Em todos esses eventos houve disputas entre grupos criminosos que tomaram conta do sistema prisional brasileiro, com a finalidade de dominar a organização do tráfico de drogas nas regiões em que estão as unidades prisionais. No total, apenas nos primeiros 15 dias de janeiro de 2017 foram 133 mortes intencionais nos presídios brasileiros.

Sob a justificativa de combater o aumento das taxas de criminalidade o governo brasileiro investiu na expansão do sistema de justiça criminal e no aumento das vagas no sistema prisional nas últimas décadas. Os números da correlação entre taxas de crimes violentos e do aumento da população carcerária mostram que a estratégia não está funcionando.

Somente em 2014, 59.627 homicídios foram registrados em todo o país – taxa de 29,1 homicídios por 100 mil habitantes¹⁵.

Entre 2011 e 2015 o total de homicídios foram registrados foi 279.567 homicídios – na Guerra da Síria, no mesmo período foram registradas 256.124 mortes. Para situarmos o problema, estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios.

3. O modelo de exclusão e a necessidade de rediscutir os fundamentos democráticos

Nas últimas duas décadas e meia o Brasil vem consolidando as reformas institucionais necessárias para adaptar suas estruturas estatais às imposições da Constituição de 1988.

Em 1987, o processo constituinte iniciado como etapa final de grandes lutas políticas visava à superação de profundos traumas causados pelo longo e fechado regime militar – marcado, dentre outras mazelas, pelo distanciamento popular dos centros decisórios de poder.

Em certo clima de euforia, nos anos finais daquela que passaria à memória do século como “década perdida”, setores da sociedade brasileira se envolveram com os

¹⁴ <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>

¹⁵ http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf

debates que foram responsáveis pela montagem da estrutura fundamental da nova carta constitucional.

O resultado dessa interação discursiva foi um complexo conjunto de propostas, princípios e valores necessários para a reconstrução normativa da vida jurídico-política do país. As vitórias obtidas em termos de valorização dos direitos individuais e coletivos foram expressivas, e as expectativas gerais davam conta de que a luta pela liberdade e pela igualdade transformaria não apenas as instituições do país, mas seria responsável por torná-lo mais justo em todas as esferas sociais.

Os números avultados da expansão econômica de meados da primeira década dos anos 2000 e a importante redução nos indicadores de miséria social renderam ao Brasil uma posição de grande destaque no cenário mundial. Inquestionavelmente, o país é hoje um país rico e forte, capaz de impor sua soberania e fazer valer os efeitos da jurisdição sobre seu território, além de ser parceiro relativamente seguro dos povos preocupados com a defesa dos direitos humanos e da proteção de valores fundamentais em escala global.

Mas a euforia dessa “primeira-hora” após a abertura democrática está passando e nossa compreensão sobre os problemas mais nevrálgicos da socialização brasileira voltam a nos afetar de modo a exigir mais esclarecimentos, mais lucidez, mais respostas.

Apesar dos passos dados, nossos indicadores de desenvolvimento humano permanecem muito baixos. Acumulamos péssimo desempenho geral no que diz respeito à evolução em áreas sensíveis como educação, saúde e controle da violência¹⁶. Infelizmente, apesar de reformas institucionais importantes, as quais levaram transparência e maior rigor no controle da ética pública a muitos eixos de poder, ainda somos campeões em corrupção sistêmica e ineficiência estatal.

O problema central, contudo, é que talvez tenhamos nos equivocado ao pensar que o trabalho duro da democratização pudesse ser realizado de cima para baixo, a partir da mudança do sistema normativo e dos poderes centrais. E o problema é tão complexo porque pensamos assim desde sempre.

A história de criação da república federalista brasileira é bastante peculiar. Intencionando emular o modelo adotado nos Estados Unidos, os autores do federalismo republicano brasileiro obtiveram pouco sucesso.

O arranjo federativo norte-americano custou um processo revolucionário e mais de onze anos de debates e negociações intensas entre a Declaração da Independência e a Convenção da Filadélfia, onde a base do texto constitucional foi estabelecida¹⁷. Mais

¹⁶ PEREIRA, A. W. “An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Post authoritarian Brazil”, in P. Kingstone e T. Power (orgs.), *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000. p. 217 e ss.

¹⁷ Cf. WOODS, G. S. *The creation of American Republic – 1776-1787*. The University of North Caroline Press, 1998; conferir também: MIDDLEKAUFF, Robert. *The glorious cause – The American*

alguns anos de intensas discussões seriam necessários até que em 1791 a constituição norte-americana estivesse em vigor em todos os estados da federação, incluindo a “Bill of Rights”, o núcleo central de um conjunto de direitos e garantias individuais e coletivas¹⁸.

O modelo federativo brasileiro foi concebido durante a republicanização do país¹⁹. O primeiro ato na nova república foi a edição do decreto n.1, ainda de 15 de novembro de 1889, criando o estado federal. Embora a Constituição de 1891 tenha definido uma série de direitos básicos, de origem liberal, inspirados nas mudanças históricas em andamento à época, sua preocupação primordial foi a de recriar e fortalecer as estruturas do Estado, enfraquecidas pelas crises que levaram ao fim da monarquia no país. Poucas personagens da política de então pareciam compreender bem o significado da republicanização e um número ainda menor compreendia que a forma da imitação a partir da influência americana (Independência) ou europeia (Revolução Francesa) havia deixado de lado o traço mais marcante desses grandes referenciais históricos, ou seja, a importância de priorizar a proteção dos direitos das pessoas comuns em face do poder soberano.

De certa forma, esse “desvio” manteve a mesma rota até o processo constituinte de 1987-1988. Mesmo nesse caso, por mais que a participação popular tenha sido intensa para os padrões da década de 1980, os vinte meses entre a instalação da constituinte e a promulgação da nova Carta Constitucional brasileira não foram o bastante para que a população do país adquirisse a autoconsciência política necessária para tomar decisões de forma mais direta sobre o futuro do pacto social. Logo após, em 1993, a população brasileira voltaria a se mobilizar em campanha por causa de um plebiscito sobre a forma do Estado e o sistema de governo. O fato de termos votado a possibilidade de constituir uma monarquia indica bem o nível de consciência política daquele momento.

Mas esses equívocos já tão explorados do constitucionalismo brasileiro pouco nos ajudam a entender a extensão dos danos causados pela via da democratização jurídico-formal que está em ação nas últimas décadas. A estratégia de recheiar a carta constitucional com direitos atribuíveis a todas as pessoas não funcionou. O principal motivo é que os mecanismos necessários para tornar eficazes esses direitos continuaram funcionando mais ou menos da mesma forma como funcionavam antes da democratização.

Revolution – 1763-1789. Oxford University Press, 2005; GREENE, Jack P. The Constitutional Origins of the American Revolution. Cambridge University Press, 2011.

¹⁸ MAIER, P. *Ratification – The People Debate the Constitution – 1787-1788*. Simon and Schuster Paperbacks, 2010. Sobre esses debates, conferir os *Federalist Papers* em BEEMAN, Richard. The Penguin Guide to the United States Constitution. Penguin Books, 2010; e os *Anti-Federalist Papers*: KETCHAM, Ralph [Ed.]. The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. Signet Classic, 2003.

¹⁹ COSER, I. “O Conceito de Federalismo e a Ideia de Interesse no Brasil do Século XIX”. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 51, no 4, 2008, pp. 941 a 981.

No Brasil, a tarefa de criar e aplicar direitos, mesmo depois da constituição de 1988, continuou primordialmente nas mãos de instituições e centros decisórios de poder, pouco permeáveis à participação popular. Ou seja, a rigor, não houve democratização radical do poder no Brasil.

O problema é, portanto, de fundamentos: uma democracia real exige não apenas a consolidação dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos e etc.; ela exige, sobretudo, a democratização radical dos modos de produção e aplicação do direito.

Nas últimas décadas o número de estudos sobre a democracia participativa e deliberativa vem aumentando bastante. Pensando nisso, muitos mecanismos jurídicos foram criados na Carta de 1988 com a finalidade de tornar possível ampliar a democratização das relações de poder no Brasil. Mas a eficácia desses mecanismos dependia de outras mudanças fundamentais que não foram aprofundadas.

Apesar de os ganhos históricos com a Constituição de 1988 terem sido consideráveis, especialmente no que concerne a uma parte dos direitos políticos, a discussão sobre como consolidar os mecanismos de formação da vontade pública no Brasil ficaram presos a um modelo que não consegue atingir o cerne mais importante da reflexão: a cidadania fica restrita às concessões normativas filtradas de acordo com a evolução de tarefas governamentais que não estão sob controle dos seus destinatários principais.

Ao conduzir a promulgação da Carta Magna em 1988 Ulisses Guimarães exaltou a criação de uma verdadeira “constituição cidadã”. Mas o que o texto consagrou foi uma mudança gradual nos termos propostos para conceder à população mais acesso a direitos, sem aprofundar, contudo, o controle que as pessoas deveriam exercer sobre as condições de possibilidade que tornam esses direitos algo real para a comunidade em que elas vivem.

Assim, a proposta de criar uma comunidade inclusiva, onde o indivíduo adquire existência política como integrante de um processo recíproco de identificação, troca e decisão coletiva se transformou, desde 1988, em um regime que concede, quando pode, oportunidades para o exercício de direitos que permitem, sob certas condições, muito rígidas e seletivas, o acesso a espaços mediados de liberdade que fomentam a impressão de um jogo político aberto e disponível para todos.

Vejo, nessa lógica, um déficit de capacidade de realização de um projeto democrático em duas vias: o aumento dos mecanismos abstratos de justiça participativa (a) não implica, necessariamente, inclusão cidadã (b). E isso ocorre porque as condições para realizar a justiça social dependem de mecanismos que possam interferir, de maneira mais direta, nos déficits de autorrealização individual e de grupos que dão causa às experiências de desrespeito que, mais tarde, irão gerar os conflitos sociais mais graves²⁰.

²⁰ HONNETH, A. *Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge, UK: Polity Press, (2000) 2007.

Esses conflitos, dos mais simples aos mais complexos, permanecem como feridas abertas de um processo falho de socialização que nunca teve por princípio a integração, mas a subjugação e o domínio. E isso fica bastante explícito quando analisamos as taxas crescentes de encarceramento em massa e de criminalidade no país. Quanto mais encarceramos jovens, pobres e negros, mais aumenta, gradativamente a sensação de exclusão da participação em condições de igualdade no jogo democrático de imensas parcelas da população. Maiores são os grupos sociais vulneráveis atingidos pela violência, que se espalha por todo tecido social, gerando ondas de revolta cujo apelo passa a ser a busca por limitar e agredir direitos fundamentais. Esse ciclo vicioso do apelo por inibir e limitar direitos porque esses mesmos direitos não são devidamente realizados em sua origem impede que o formalismo constitucional possa servir como instrumento hábil para mediar a reconstrução do conjunto de práxis normativas em crise.

Justamente por isso, a busca por garantir a liberdade e a igualdade nos processos de formação da vontade pública exige aumentar o acesso e a proteção aos direitos fundamentais, individuais e coletivos, de participação, mas depende da distribuição das condições reais de realização desses direitos. Por sua via, as condições reais para realização desses direitos condicionam a possibilidade de aprofundamento do acesso a direitos novos de participação até o ponto em que se possa, em cada situação, considerar que um processo verdadeiro de democratização está em andamento.

4. Práxis normativa e reconhecimento democrático

O grande teórico da democracia americana John Dewey nos legou a ideia de que existem duas formas de democracia, uma como *ideia* e outra como *sistema de governo*²¹. A segunda forma trataria da organização e distribuição do poder, dos mecanismos eleitorais e do sistema normativo, enquanto a primeira teria a ver com a maneira como as relações sociais realizam o espírito democrático a partir da igualdade, participação constante e divisão de valores comuns entre os cidadãos sobre os rumos da sociedade.

O sufrágio universal (democracia como sistema: participação popular na formação do poder) e periódico (república: troca de comando constante) seriam fundamentais, mas um estado *efetivamente* democrático exige uma sociedade *efetivamente* democrática. De acordo com Dewey, “a democracia se expressa nas atitudes dos seres humanos e se mede pelas consequências produzidas em suas vidas”²², e não apenas na abertura de oportunidades para o exercício de alguns direitos, pontualmente distribuídos.

²¹ DEWEY, John. *The public and its problems*. Chicago: The Swallon, 1954.; DEWEY, John. *Teoria da vida moral*. São Paulo: Ibrasa, 1970.

²² DEWEY, John. *The public and its problems*. p. 56.

Numa visão mais contemporânea, para a realização da justiça social em um estado democrático, o filósofo alemão Jürgen Habermas propôs, na obra “Direito e democracia – entre a facticidade e a validade”²³, que a formação e o exercício cotidiano do poder somente seriam justos se fossem mediados por um direito integrador das relações sociais que permitisse um processo de validação regular e permanente de todas as decisões a partir da participação inclusiva de todos os afetados por aquelas decisões.

Esse direito democrático, para funcionar, demanda sujeitos de direito ativos cuja personalidade jurídica somente passa a existir enquanto atores de uma interação geradora de autorreconhecimento recíproco de sua identidade jurídico-política. Assim, a participação nas discussões formadoras da vontade pública funcionaria como único mecanismo de legitimação das decisões, traduzindo o esforço por atingir uma integração comunitária que supere desavenças grandes demais e reduza ou iniba os processos sociais causadores de violência causados por desacordos graves e persistentes ou que excluam mais do que incluam indivíduos e cidadãos afetados.

Mas a teoria não funciona num nível primário se não houver justamente aquele elemento básico apontado por Dewey: sem reconhecimento dos pilares morais democráticos nas relações mais pequenas não há direito democrático; isso porque não haverá relações de base, formadoras da opinião e da vontade, sólidas o bastante para gerarem padrões sociais de autorreconhecimento entre todos os envolvidos, se não houver igualdade de consideração e respeito diante dos assuntos públicos²⁴. Na definição de Axel Honneth, a democracia poderia ser bem compreendida como meio e fim de um processo de autorrealização individual que se dá, contudo, coletivamente, por meio da ação cooperativa para formar a vontade pública²⁵.

Em países como o Brasil, contudo, o sentido da democratização não depende apenas de um amplo e livre espaço público que permite a interação igualitária entre indivíduos que tomam decisões sobre o autogoverno comunitário. É necessário que a força desse processo público de interação assuma a responsabilidade de corrigir os graves déficits de reconhecimento que incapacitam a ação pública de indivíduos e grupos particulares, na sua origem.

Por esse mesmo motivo, em nações subdesenvolvidas como a nossa muitos dos processos de interação social são tão violentos: diante dos indicadores crescentes de desconsideração sobre a identidade jurídico-política de cada um os níveis de desrespeito

²³ HABERMAS, J. *Direito e democracia – entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

²⁴ MENDONÇA, R. F. “Democracia e desigualdade: as contribuições da teoria do reconhecimento”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 9. Brasília, setembro - dezembro de 2012, pp. 119-146.

²⁵ HONNETH, A. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 519.

sobem bastante²⁶, levando indivíduos e grupos a lançarem mão da violência como forma de fazer valer seu lugar perante a sociedade e o poder público.

A corrupção sistêmica aparece nesse cenário como consequência quase óbvia da luta em razão da desigualdade: por meio de uma corrida para se apropriar de fatias inteiras do bem público indivíduos e grupos atomizados agem egoisticamente para garantir sua parcela de recompensas particulares, afrontando o direito, abusando e dominando o poder de estado, o qual, ainda bastante impermeável à fiscalização popular, acaba cedendo por falta de legitimação para reunir os esforços necessários para vencer esse terrível combate multissecular.

A conexão entre a corrupção sistêmica e a violência social mais primária (das ruas, do campo, de toda parte) forma uma aliança que solapa a confiança no poder público e gera problemas tão graves que o funcionamento institucional do sistema político jamais irá resolver.

Boas leis ou boas formas de gestão não vão superar esse acentuado déficit de legitimação por carência de reconhecimento e respeito social que vai perdurando e aumentando em nosso país. E esse déficit de legitimação, ou seja, essa ausência cada vez maior de participação ativa de todos os interessados nos assuntos públicos, torna ainda mais fácil a colonização do mundo da vida pelos imperativos sistêmicos mais bem organizados (poder econômico, grupos radicais, conservadores, etc.), e muito mais conscientes de suas metas comuns (lucro fácil, controle das massas, etc.).

Um bom exemplo disso é bastante visível no acirramento que se tem testemunhado cada vez mais no Brasil opondo a linguagem dos direitos humanos e o combate a formas mais graves de violência urbana: cada vez mais as pessoas comuns têm se deixado levar pela opinião de que menos direitos podem resultar em mais paz e segurança, esquecidas de que sem a amplitude dos direitos fundamentais não há certeza de que o poder servirá às pessoas – e não o contrário²⁷. Outro caso é a quase total descrença dos cidadãos em seus partidos e representantes políticos; essa descrença também fomenta o sentimento de incapacidade de lutar por uma reformulação ampla do sistema político de modo a atender a esses anseios.

A desconfiança com relação aos direitos humanos e a indiferença com relação ao funcionamento do sistema político demonstram a gravidade do processo de consolidação da democracia brasileira, especialmente quando pensamos que já dispomos do arcabouço normativo necessário para realizá-la²⁸.

²⁶ Sobre a noção de desrespeito e conflito social conferir: HONNETH, A. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

²⁷ COHEN, J. L. “Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization”. *Political Theory*, Vol. 36, No. 4 (Aug. 2008), pp. 578-606.

²⁸ LANDMAN, T.; LARIZZA, M. “Inequality and Human Rights: Who Controls What, When, and How”. *International Studies Quarterly* (2009) 53, 715–736.

Apesar de a preocupação com os avanços institucionais ser justificável no contexto brasileiro atual, é fundamental não esquecer que esses avanços não irão, por eles mesmos, e automaticamente, entregar à sociedade as mudanças necessárias para tornar o sentido da participação política mais justo.

Em junho/julho de 2013, durante os protestos por mudanças no país duas agendas dominaram a pauta das reivindicações em todo o território nacional: combater os ataques ao poder de investigação do Ministério Público e o passe livre para estudantes.

A primeira agenda, demanda de um sistema de poder, foi cumprida. A segunda, demanda da sociedade, não foi e está longe de ser. Evidentemente, é possível defender que a demanda do Ministério Público favorece a sociedade, como estamos vendo agora nos grandes casos que visam combater a corrupção sistêmica no país. Mas o mesmo Ministério Público é um dos grandes responsáveis pelas ações penais que levam à prisão, indiscriminada e irrefletidamente, centenas de milhares de jovens negros e pobres no país.

Relegar a segundo plano demandas da sociedade civil em nome de ajustes institucionais sob a justificativa de favorecer essa mesma sociedade é uma operação comum em uma democracia formalista acostumada a usurpar o poder de decisão das mãos de seus titulares originais. Mas, não cabe aqui retomar a genealogia desse longo processo de colonização da sociedade civil pelos sistemas de poder no Brasil, nem mesmo tentar explicar como os sistemas normativos sempre exerceram papel primordial nesse processo.

O fundamental em nosso contexto histórico atual é perceber que uma crítica muito abstrata não atinge o cerne das experiências de injustiça social que atingem os sujeitos de direito em sua formação. Esse é o verdadeiro fato “pré-teórico” que nos cabe analisar e colocar sob os cálculos de uma reformulação do constitucionalismo democrático em busca da realização de uma socialização mais justa²⁹.

Para que isso ocorra, o primeiro passo é reconhecer, com Dewey e Axel Honneth, que as dimensões mais básicas que interferem nas relações de reconhecimento intersubjetivas formadoras de identidade política são, no Brasil, profundamente marcadas pelo símbolo da precariedade de uma sociedade que se sente inepta diante do poder público. O sentimento de injustiça que está contido nas violações contumazes e ordinárias das expectativas normativas de reconhecimento dão origem ao sentimento de desrespeito que fomenta os conflitos sociais mais insolúveis.

Enquanto as apostas no papel do direito como fundamento mediador da socialização se mantiver preso às tarefas reguladoras típicas de um sistema que funciona como qualquer outro sistema o abismo entre esfera pública e esfera privada e a falta de legitimação dos processos decisórios cotidianos somente aumentará, impedindo uma

²⁹ HONNETH, A. *Sofrimento de indeterminação – uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Tradução Rúrion S. Melo. São Paulo: Editora Esfera Pública, 2007.

efetiva democratização das relações sociais. Sem que os titulares do direito político possam exercer a função cotidiana de tomada de decisões sobre como serão atingidos, como destinatários da norma, por cada uma dessas decisões, o direito não deixará de funcionar como uma concessão idealizadora sobre a qual todos discutem, mas sobre a qual alguns poucos decidem.

O vínculo necessário entre justiça e estrutura básica de uma sociedade democrática (Rawls) precisa conter elementos de uma justiça participativa em harmonia como regras aplicáveis de justiça distributiva organizada segundo cada contexto decisório³⁰. Mas o esforço concentrando em refinar instituições não atende a essa demanda, pelo menos enquanto os titulares reais dos direitos políticos não participam das decisões cotidianas dos sistemas de poder de forma mais direta.

5. Conclusão: O direito e a democratização dos fundamentos do poder

As reflexões sobre democracia deliberativa, justiça participativa e redistribuição³¹ de bens básicos são associadas, no Brasil, na maioria dos casos, ao funcionamento dos sistemas políticos, mas raramente são vinculadas ao papel do poder judiciário e das instituições que dividem as atribuições constitucionais para administrar o sistema de justiça³².

É muito comum ver os debates sobre direito de participação no Brasil voltados para enumerar a quantidade de processos públicos que exigem a realização de audiências públicas para consultar a população atingida por essas decisões (grandes empreendimentos econômicos e meio ambiente, p. ex.). Também é comum identificar opiniões mais exaltadas com as virtudes constitucionais brasileiras enumerarem a quantidade de dispositivos jurídico-constitucionais que exercem papel de dar poder ao cidadão comum para atuar diante do poder público, como a ação popular ou o direito de petição. Mas a especialização burocrática, a ineficiência estatal, a corrupção sistêmica e a própria dificuldade para que um indivíduo com poucos recursos financeiros e níveis menos elevados de educação possa exercer seus direitos transformam em fábula a possibilidade de usar esses mecanismos no cotidiano³³.

A saída, na maioria dos casos, é se socorrer de instituições do Estado que deveriam servir para ajudar as pessoas comuns a ultrapassar o abismo que as separa do

³⁰ HEDRICK, T. Rawls and Habermas reason, pluralism, and the claims of political philosophy. Stanford University Press. Stanford, California 2010.

³¹ FRASER, N.; HONNETH, A. Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange. Londres: Ed. Verso, 2002.

³² KOERNER, A. “Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro”, in A. Koerner (org.), História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises. São Paulo, IBCCRIM, pp. 259-281, 2006.

³³ HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Cambridge: Polity Press, 1992.

poder público e dos centros de decisão, ajudando-as a superar a incapacidade técnica para agir como sujeitos políticos de direitos. Mas, com frequência, essas pessoas irão esbarrar na enorme burocracia e na ineficiência de muitas unidades dessas instituições (Ministério Público, Defensorias, OAB's). Ou, no pior e, infelizmente, nem tão incomum dos casos, elas irão esbarrar em agendas pró-Estado que, no fundo, dissimulam as fundações de um sistema de poder que funciona segundo a lógica da autopreservação³⁴.

Nesse contexto, colocar o poder judiciário em questão é de fundamental importância³⁵. Se a aposta em submeter a política ao direito parecia tão promissora na esteira do novo constitucionalismo de 1988 até aqui, é forçoso reconhecer que alguns erros básicos jamais estiveram realmente sob contestação. O mais grave deles, creio, é permitir que o poder judiciário continue agindo com esse mesmo senso de autopreservação tão comum às instituições que controlam a sociedade civil – em vez de agir com árbitro forte e independente que deveria regular as disputas inerentes à sociedade civil, ou aquelas entre a sociedade civil e o poder de Estado. E o diagnóstico desse erro é muito semelhante à reflexão que proponho sobre os fundamentos de nossa democratização: o poder judiciário permanece impermeável à influência da participação e deliberação popular nos níveis mais básicos.

Ser impermeável à participação popular não significa lutar para preservar a independência de convicção que forma o núcleo mais importante da atividade jurisdicional. Até porque o mesmo argumento não costuma ser válido para a relação entre o poder judiciário e outros poderes do Estado. O discurso de defesa incondicional da independência no exercício da magistratura não tem correlação em nenhum outro país com a distância, encontrada no Brasil, entre os órgãos do poder judiciário, o cidadão comum e as representações diversas da sociedade civil.

O estanho é o contrassenso identificável no número de processos judiciais no país: mais de cem milhões de processos, parecendo indicar confiança da população no poder judiciário como meio de solução dos seus problemas. Mas esse número dissimula uma realidade bem mais dura: na falta de outros mecanismos de solução de conflitos e de realização de direitos, judicializar demandas se torna comumente uma opção inicial mesmo para as pessoas mais pobres. A enorme procura pelo judiciário revela a falência dos outros mecanismos responsáveis pela realização de direitos e sobrecarrega de demandas um poder que, em tese, não foi erigido para o fim de dar conta das tarefas do Estado de bem-estar.

Na maior parte do país, o poder judiciário é lento e ineficiente e procurá-lo para resolver demandas importantes para a vida civil pode significar jamais encontrar uma solução. Esse desvio de função legitimadora das crenças sociais poderia até fazer sentido

³⁴ POOLE, T. *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2008. London, 2008.

³⁵ TAYLOR, M. "O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil". DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257.

se o poder judiciário no Brasil tivesse passado pelo processo de reconstrução normativo-democrática de seus fundamentos após a constituinte de 1988. Mas essa reconstrução não aconteceu, e a maior parte das diretrizes gerais de funcionamento de seus processos de decisão continua sob controle apenas de seus próprios integrantes ou compartilhados, no máximo, com o poder executivo e, em menor grau, com o poder legislativo – o que inclui orçamento, elaboração de planos de metas, decisões constitucionais com efeito vinculante e, mais importante ainda, o acesso e fiscalização da carreira da magistratura.

Mesmo com as mudanças recentes relativas à Lei de Informação³⁶, as quais resultaram em abertura de informações sobre pagamento de subsídios e outros dados, pouca coisa mudou no que diz respeito à transparência, prestação de contas e de políticas de responsividade do poder judiciário brasileiro, o poder que mais impõe obstáculos à transparência no país³⁷.

Embora esses indicadores sejam relevantes penso que o mais determinante para posicionar uma crítica à atuação do poder judiciário diante da tarefa de auxiliar, com mais rigor, no processo de democratização do país, é avaliar o comportamento de magistrados e tribunais no relacionamento com o cidadão e representações de indivíduos e grupos da sociedade civil. Se o número de pessoas que depositam suas expectativas de superação de conflitos cresce exponencialmente, é difícil conceber um poder judiciário que entenda o significado dessa tarefa quando, ao mesmo tempo, não se reinventa para operar em nome de um direito que funcione como efetivo médium integrador das relações sociais.

É menos pior para a sociedade que o enorme volume de violações sistemáticas das condições intersubjetivas de reconhecimento e acesso a bens básicos venha a eclodir nas varas e tribunais do que nas ruas. Mas para atuar diante desse novo modelo – um judiciário democrático participativo – os órgãos do judiciário não podem agir com funcionários de uma norma abstrata em desconexão com a realidade social. Em primeiro lugar, porque é muito difícil acreditar que isso de fato exista, já que absolutamente ninguém está livre das relações pré-estabelecidas com certa comunidade de crenças e valores que constitui sua identidade – algo que vincula todo órgão julgador a uma visão de mundo que se impõe no exercício de interpretar a norma³⁸. Em segundo lugar, porque mesmo que cada magistrado e cada magistrada seja um ser político vinculado ao contexto de onde veio e onde atua não é aceitável que suas disposições para atuar estejam fora do alcance (e da crítica) do juízo público.

³⁶ SILVA, R.; HOCH, P.; RIGHI, L. “Transparência pública e a atuação normativa do CNJ”. Revista Direito GV, São Paulo, 9(2) | P. 489-514 | JUL-DEZ, 2013.

³⁷ ARTIGO 19. *Caminhos da transparência - Lei de Informação e o Judiciário - Artigo 19*, 2016. www.artigo19.com.br;

³⁸ HABERMAS, J. *Justification and application: remarks on discourse ethic*. Massachusetts: MIT Press, 2001.

O aumento da transparência, reponsividade e permeabilidade crítico-social do poder judiciário diante da sociedade civil seria um grande avanço para melhorar os indicadores positivos do relacionamento entre justiça e cidadão, mas um passo além precisa ser dado: não se trata apenas de aumentar as condições para o acesso à justiça, mas de aumentar as condições para que os cidadãos possam decidir sobre as formas mais comezinhas de acesso à justiça.

Embora tratar os cidadãos por clientes do judiciário não seja destoante dos avanços esperados por uma sociedade cada vez mais informada e carente de participação, isso não seria o bastante para garantir que os fundamentos da justiça no país estivessem sempre direcionados para efetivar a maior igualdade e liberdade possível para todas as pessoas em face das decisões judiciais.

A única forma de combater as patologias sociais decorrentes da colonização do mundo da vida pelos sistemas normativos (incluindo pelo poder judiciário) e garantir, ao mesmo tempo, que a justiça seja efetiva ao recompor as deficiências primárias de consideração e respeito entre os parceiros individuais e coletivos em litígio é colocar as instâncias decisórias sobre controle de seus destinatários.

Para dar conta desse conjunto de operações de refundação do poder judiciário é preciso compreender que as mudanças impostas pelo novo constitucionalismo democrático foram bem-vindas, mas estão longe de terem alcançado os alicerces dos problemas mais graves que nos impedem de tomar o poder judiciário por um poder democrático.

Essa mudança de mentalidade já pode ser vista em alguns locais e em alguns projetos que permitem o compartilhamento de sérias responsabilidades de competência de órgãos da jurisdição no Brasil. Talvez essa mudança possa começar por esse caminho: pelas iniciativas de baixo para cima que vão se popularizando e mostrando sua eficácia ao trazer para dentro das instâncias decisórias as comunidades e seus representantes que irão experimentar seus principais efeitos. Algumas iniciativas na área de execução penal (Acuda³⁹, Apac⁴⁰, etc.), varas de família (juízes, assistentes sociais e psicólogos dividindo responsabilidades com conselhos tutelares e outras instituições) e mediação e facilitação em questões socioculturais (mesas de negociação em conflitos fundiários, justiça itinerante em locais mais afastados⁴¹, etc.) vem operando essa transformação. Mas essas iniciativas devem superar a condição de ser apenas mais uma estratégia para dividir com

³⁹ <http://www.acuda-rondonia.org.br/>;

⁴⁰ http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296; ALVES, Isabela B.; e MIJARES, J. *Associação de Proteção e Assistência ao Condenado - (APAC) – Projeto Conexão Local*. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014. http://gvpesquisa.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/conexao-local/relatorio_conexao_local_apac.pdf;

⁴¹ <https://www.tjro.jus.br/menu-justica-rapida>;
http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2888&Itemid=587;
<http://www.tjrr.jus.br/index.php/justica-itinerante>;

a sociedade civil uma fatia de responsabilidades muito onerosas, sem que se abra a oportunidade para que essa mesma comunidade interessada possa discutir e decidir também sobre os rumos gerais das instituições de justiça.

Referências

- ALVES, I.; MIJARES, J. *Associação de Proteção e Assistência ao Condenado - (APAC) – Projeto Conexão Local*. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014.
- ARTIGO 19. *Caminhos da transparência - Lei de Informação e o Judiciário - Artigo 19*, 2016.
- BEEMAN, Richard. *Federalist papers - The Penguin Guide to the United States Constitution*. Penguin Books, 2010.
- CITY MAJOR FOUNDATION. <http://www.citymayors.com/security/latin-american-murder-cities.html>
- COHEN, J. L. “Rethinking Human Rights, Democracy, and Sovereignty in the Age of Globalization”. *Political Theory*, Vol. 36, No. 4 (Aug. 2008), pp. 578-606.
- COSER, I. “O Conceito de Federalismo e a Ideia de Interesse no Brasil do Século XIX”. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 51, no 4, 2008, pp. 941 a 981.
- DEPEN. “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - 2016”. Departamento Penitenciário Nacional. INFOPEN – 2016.
- DEWEY, John. *Teoria da vida moral*. São Paulo: Ibrasa, 1970.
- DEWEY, John. *The public and its problems*. Chicago: The Swallon, 1954.
- FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. Londres: Ed. Verso, 2002.
- GREENE, Jack P. *The Constitutional Origins of the American Revolution*. Cambridge University Press, 2011.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia – entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.
- HABERMAS, J. *Justification and application: remarks on discourse ethic*. Massachusetts: MIT Press, 2001.
- HABERMAS, J. *Legitimation crisis*. Cambridge: Polity Press, 1992.
- HEDRICK, T. *Rawls and Habermas reason, pluralism, and the claims of political philosophy*. Stanford University Press. Stanford, California 2010.
- HONNETH, A. *Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge, UK: Polity Press, (2000) 2007.

- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- HONNETH, A. *O direito da liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- HONNETH, A. *Sofrimento de indeterminação – uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Tradução Rúrion S. Melo. São Paulo: Editora Esfera Pública, 2007.
- IPEA. *Atlas da violência 2016*. Nota técnica n. 17. Fórum Brasileiro da Segurança Pública. Brasília, 2016.
- KETCHAM, Ralph [Ed.]. *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. Signet Classic, 2003.
- KOERNER, A. “Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro”, in A. Koerner (org.), *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. São Paulo, IBCCRIM, pp. 259-281, 2006.
- LANDMAN, T.; LARIZZA, M. “Inequality and Human Rights: Who Controls What, When, and How”. *International Studies Quarterly* (2009) 53, 715–736.
- MAIER, P. *Ratification – The People Debate the Constitution – 1787-1788*. Simon and Schuster Paperbacks, 2010.
- MENDONÇA, R. F. “Democracia e desigualdade: as contribuições da teoria do reconhecimento”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 9. Brasília, setembro - dezembro de 2012, pp. 119-146.
- MIDDLEKAUFF, Robert. *The glorious cause – The American Revolution – 1763-1789*. Oxford University Press, 2005.
- MINAYO, M. C. S. “Saúde nas prisões: avaliações, políticas e práticas”. *Revista Ciência e saúde*. coletiva vol.21 no.7 Rio de Janeiro, Julho de 2016 .
- PEREIRA, A. W. “An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Post authoritarian Brazil”, in P. Kingstone e T. Power (orgs.), *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.
- POOLE, T. *Constitutional Exceptionalism and the Common Law*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 14/2008. London, 2008.
- SILVA, R.; HOCH, P.; RIGHI, L. “Transparência pública e a atuação normativa do CNJ”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 9(2) | P. 489-514 | JUL-DEZ, 2013.
- TAYLOR, M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257.

WOODS, G. S. *The creation of American Republic – 1776-1787*. The University of North Caroline Press, 1998.

Lista de sites consultados

http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>

<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cd-b10994f8.pdf> Informativo da Rede Justiça Criminal, 2016, p. 55.

<http://www.fiquemsabendo.com.br/2016/01/a-cada-mes-40-detentos-morrem-nos-presidios-paulistas-2/>

<http://ponte.cartacapital.com.br/em-um-ano-e-meio-721-detentos-morreram-no-estado-de-sao-paulo/>

<http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>

<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>

http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf

<https://www.tjro.jus.br/menu-justica-rapida;>
http://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2888&Itemid=587; <http://www.tjrr.jus.br/index.php/justica-itinerante>;

<http://www.acuda-rondonia.org.br/>;

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9296;

CRISE MIGRATÓRIA NA UNIÃO EUROPEIA. AS MEDIDAS ADOTADAS À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

MIGRATORY CRISIS IN THE EUROPEAN UNION. THE MEASURES ADOPTED AND THE HUMAN RIGHTS

Maria Teresa Alves¹
Universidade do Minho

Sumário: 1. Introdução; 2. Contextualização da Crise Migratória na União Europeia; a) As Principais Rotas Migratórias; b) Migrantes e Refugiados – distinção conceptual; c) As origens dos fluxos migratórios, os Estados Membros mais procurados e a real dimensão dos fluxos em análise; d) A situação de “policrise” na União Europeia; 3. As medidas adotadas para fazer face à crise migratória; 4. As medidas adotadas à luz dos direitos humanos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

“Crise” tem sido um dos termos adotados para descrever a chegada de migrantes e de requerentes de asilo à Europa, nos últimos anos. Neste caso particular, já qualificado como a maior crise humanitária alguma vez enfrentada pela União Europeia e uma das maiores desde o final da Segunda Guerra Mundial, não poderá, segundo a nossa perspectiva, ser imputada à chegada de um afluxo massivo de migrantes e de requerentes de proteção internacional. Pelo contrário, deverá ser, essencialmente, reflexo de uma política comum da União em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, cuja configuração evidenciou sempre aspetos controversos. É também uma crise de solidariedade, uma vez que os Estados Membros demonstram ser incapazes de encontrar uma abordagem comum e de cooperarem com os Estados Membros mais procurados pelos migrantes e requerentes de proteção internacional.

Perante o exposto, neste artigo, pretendemos mapear as medidas adotadas pela União Europeia para enfrentar esta crise migratória sem precedentes e perceber que implicações têm no âmbito dos direitos humanos. Recorremos, maioritariamente, à análise de fontes primárias, em virtude da atualidade do objeto de investigação, mas também devido ao próprio objeto de investigação, *de per si*.

Iniciamos o presente artigo com uma contextualização da Crise Migratória na União Europeia, abordando os acontecimentos migratórios ocorridos durante o ano de 2015, como a totalidade de migrantes que chegaram à UE, comparativamente com 2014, com o intuito de desencadear uma efetiva consciencialização acerca deste fenómeno migratório massivo que trouxe consigo um elevado número de perdas de vidas no mar

¹ Mestranda em Direitos Humanos na Universidade do Minho

mediterrâneo (que também apuramos, na sua totalidade, desde 2015 até Maio de 2017). Posto isto, de forma concatenada, identificamos as principais rotas migratórias utilizada pelos migrantes para alcançarem o espaço europeu e traçamos uma distinção conceptual entre migrantes e refugiados, que consideramos ser imprescindível, tendo em conta o escopo do artigo. Posteriormente, procedemos a um levantamento exaustivo das principais nacionalidades dos afluxos migratórios no território dos Estados Membros em 2015 e 2016, revelamos quais os Estados Membros mais procurados por este afluxo de migrantes e a real dimensão que a sua totalidade representa na União Europeia, ou seja, comparativamente com a totalidade da população da União Europeia. De seguida, procedemos a uma breve referência acerca da conjuntura europeia que consideramos ser de “policrise”, isto é, coexistem diferentes crises, mas, do nosso ponto de vista, a crise migratória será das mais graves, na medida em que estão em causa divisões entre os Estados Membros no que toca a salvar vidas.

Finalmente, debruçamo-nos sobre o conjunto de medidas adotadas pela UE para solucionar a crise migratória, e as implicações que estas têm no âmbito dos direitos humanos, o que constitui o propósito central do nosso estudo, tal como já mencionamos.

2. Contextualização da Crise Migratória na União Europeia

O ano de 2015 foi marcado por uma crise migratória na União Europeia (UE), assistindo-se à maior deslocação de pessoas em massa, desde a Segunda Guerra Mundial². Segundo a Organização Internacional para as Migrações (à qual passo a designar por OIM), 1.046.599 migrantes, oriundos do Médio Oriente, Afeganistão e Norte de África, chegaram à UE³. Entre os quais, 34.887 provenientes de rotas terrestres e 1.011.712 de rotas marítimas⁴, que adiante analisaremos. A Grécia e a Itália foram os Estados Membros que maior número de migrantes recebeu no seu território, numa totalidade de 857.363 e 153.842 migrantes, respetivamente⁵. E de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a maioria das pessoas que chegaram à UE, em especial, a estes Estados Membros, são oriundas de países em

² “O ano de 2015 foi marcado por uma crise migratória na União Europeia (UE) com precedentes equivalentes à crise de refugiados do pós IIª Grande Guerra e à crise de refugiados da Guerra da Jugoslávia”. GIL, A.R. “A crise migratória de 2015 e os direitos humanos das pessoas carecidas de proteção internacional: o direito europeu posto à prova”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Almedina, 2016.

³ Informação obtida na página oficial da Organização Internacional para as Migrações (OIM), https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Mixed-Flows-Mediterranean-and-Beyond-Compilation-Overview-2015.pdf [10.02.2017].

⁴ Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit* [10.02.2017].

⁵ Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit* [10.02.2017]; “Fig.13 – Demographics based on arrival since 1 Jan 2015: 25% Children, 17% Woman, 18% Men”, Informação obtida na página oficial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html> [7.02.2017].

guerra, ou que de outra forma são considerados “produtores de refugiados”⁶, pelo que carecem de proteção internacional. No final de 2015, segundo o ACNUR, a Agência Europeia de Apoio ao Asilo (EASO), o Parlamento Europeu e o EUROSTAT, 1.040.800 pessoas aguardavam uma decisão sobre o seu pedido de proteção internacional na UE, tendo o volume de pedidos pendentes mais do que duplicado em relação a 2014 que registou um total 626.960 pedidos de asilo⁷.

Segundo a OIM e o ACNUR, em 2015, 3.770⁸ migrantes perderam a vida na “perigosa passagem marítima do Mediterrâneo”⁹. E “quase 90% dos refugiados e migrantes pagaram a grupos de crime organizado e passadores para os fazerem atravessar fronteiras”¹⁰, pelo que, são classificados como migrantes “em situação irregular”¹¹, isto é, não entraram no território da UE por meios legais. De acordo com o Parlamento Europeu, considerando o número de mortes no Mediterrâneo referidos supra (3. 770), num total de 5.350 mortes de migrantes em todo o mundo, durante a viagem do país de origem para o destino final, em 2015, “o Mar Mediterrâneo constitui hoje a região migratória mais perigosa do mundo”¹². Desde 2015, “os recursos e os meios destinados às operações da UE no mar triplicaram, ajudando a salvar mais de 400.000 pessoas no Mediterrâneo”¹³. Porém, “o aumento da migração ao longo da rota do Mediterrâneo Central, [implicou] igualmente níveis sem precedentes de perdas de vidas

⁶ A Bulgária, Espanha, Chipre e Malta, foram os restantes países de entrada para a União Europeia mais procurados pelos migrantes referidos, num total de 31.174, 3.845, 269 e 106 migrantes, respetivamente. Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7-02-2017].

⁷ Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7.02.2017]; Informação obtida na página oficial do Gabinete Europeu de Apoio ao Asilo (EASO), https://www.easo.europa.eu/https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/PT_TRA-Annual%20Report%202015%20key%20findings.pdf [5.03.2017]; Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope/default_pt.htm [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6887997/3-18062015-CP-EN.pdf/4457b050-26f9-4cf1-bf27-9ffb73ff8c7b>, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6996925/3-18092015-BP-EN.pdf/b0377f79-f06d-4263-aa5b-cc9b4f6a838f>, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7105334/3-10122015-AP-EN.pdf> [12.02.2017].

⁸ Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit.* [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7.02.2017].

⁹ Arnaud BERTIN, Beier LIN, Evalyn TENNANT, Patrick TARAN, “Migrants & Refugees have rights! Impact of EU policies on accessing protection”, s/d, texto disponível em <http://www.caritas.eu/news/report-migrants-and-refugees-have-rights> [1. 02. 2017].

¹⁰ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/pt/> [3.01.2017].

¹¹ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, *op. cit.*, p 2.

¹² Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU%282015%29535005_EN.pdf [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial da OIM, http://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/Mediterranean_Update_16_October.pdf [14.10.2016].

¹³ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-134_pt.pdf [25.01.2017].

no mar”¹⁴. Em 2016, estima-se, “no final de Novembro, [cerca] de 4.690 mortes”¹⁵, tendo o ano terminado com um total de 5.082 mortes¹⁶. E até 28 de Maio de 2017, segundo a OIM, assistimos a um total de 1.569 perdas de vidas no mar¹⁷.

À medida que a guerra envolve países do Médio Oriente e do Norte da África, espera-se ainda mais pessoas para tentarem a viagem. Além de que, o ACNUR alerta para um futuro fluxo migratório forçado, a nível mundial, cujos motivos sejam fenómenos ambientais. Este estudo tem por base o relatório de Estimativas Globais do *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC), realizado em 2015, segundo o qual, “desde 2008, uma média de 26.4 milhões de pessoas por ano foram deslocadas das suas casas por desastres provocados por perigos naturais. É o equivalente a uma pessoa deslocada por segundo”¹⁸. E “a não ser que medidas fortes de mitigação e adaptação ao clima sejam implementadas em todo o mundo, juntamente com medidas de preparação para desastres e redução de risco de desastres, espera-se que essa tendência aumente”¹⁹.

a) As Principais Rotas Migratórias

Existem três rotas migratórias principais utilizadas pelos migrantes para chegar à União Europeia²⁰. (i) A Rota Ocidental, que serve de passagem entre o Norte de África e a Península Ibérica, incluindo a rota terrestre nas cidades de Ceuta e Melilha, é maioritariamente utilizada por marroquinos, senegaleses, mauritanos, argelianos e subsaarianos. Até 2008, a rota terrestre de Melilha foi uma das mais movimentadas, devido à falta de controlo, mas o aumento das medidas de segurança e vigilância, juntamente com a difícil situação económica vivida em Espanha, interrompeu a pressão migratória sobre as fronteiras espanholas até 2014, quando se voltou a intensificar, em virtude das guerras no Mali, Sudão e Nigéria. (ii) A Rota Central conecta os países do Norte de África com Malta e as regiões Italianas de Lampedusa, Calabria, Sicília e Apulia. Nesta rota, tem grande importância a Tunísia e a Líbia, uma vez que são o nexo a partir do qual os imigrantes do Corno de África e da zona saeliana podem chegar à

¹⁴ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, *op. cit.* [3.01.2017] (interpolação nossa).

¹⁵ Daniel GROS, Elspeth GUILD, Jean-Pierre CASSARINO, Sergio CARRERA, Steven BLOCKMANS, “The European Border and Coast Guard. Addressing migration and asylum challenges in the Mediterranean?”, s/d, texto disponível em <https://www.ceps.eu/publications/european-border-and-coast-guard-addressing-migration-and-asylum-challenges> [20.02.2017] (interpolação nossa).

¹⁶ Informação obtida na página oficial da OIM, [http://migration.iom.int/docs/2016 Flows to Europe Overview.pdf](http://migration.iom.int/docs/2016%20Flows%20to%20Europe%20Overview.pdf), [12.04.2017].

¹⁷ Informação obtida na página oficial da OIM, <http://missingmigrants.iom.int/mediterranean-migrant-arrivals-reach-69574-2017-deaths-1569> [29.05.2017].

¹⁸ Informação obtida na página oficial do ACNUR, <http://www.refworld.org/docid/561f670a4.html> [12.04.2017].

¹⁹ Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [12.04.2017].

²⁰ Informação obtida na página oficial do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcoto.detalhe?p_cot_id=9603&p_est_id=18264 [27.03.2017].

Europa. Por fim, (iii) a Rota Oriental, que é utilizada pelos migrantes que atravessam a fronteira turca para a Grécia ou Bulgária. Desde 2008, esta rota tem-se convertido na mais importante quanto à quantidade de pessoas que a utilizam, devido principalmente à guerra civil síria e aos conflitos no Médio Oriente, pelo que, as nacionalidades mais comuns são: sírios, afegãos e somalis. Esta rota era de tipo terrestre, mas a partir da construção de um muro na fronteira grego-turca, em 2012, “passou a ser marítima e mais perigosa”²¹.

b) Migrantes e Refugiados – distinção conceptual

Para uma melhor compreensão desta investigação, consideramos fundamental traçar uma distinção conceptual entre migrantes económicos e refugiados. O primeiro grupo de pessoas “procura melhores condições de vida, do ponto de vista socioeconómico”²² ou em alguns casos por razões de educação, de reunião familiar,..., e não encontram impedimentos para regressarem ao seu país de origem, continuando a receber proteção governamental, se optarem pelo regresso. Os países em causa lidam com os migrantes de acordo com as suas próprias leis e processos de imigração²³. Diferentemente, os refugiados, que representam a maioria das pessoas que procuram chegar à União Europeia, fogem à guerra e/ou à perseguição no seu país de origem e nacionalidade, existindo uma base de proteção legal e obrigatória, definida internacionalmente e concretizada na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de Nova Iorque de 1967. Nestes instrumentos de direito internacional, encontramos definido o estatuto de refugiado e os critérios de proteção que este estatuto garante, estabelecendo “uma ‘proteção contratual’ a uma escala sem precedentes”²⁴, com o compromisso dos Estados-parte e “cuja matriz de proteção dos refugiados é, assumidamente, centrada nos direitos humanos e/ou no humanitarismo”²⁵. No Direito Europeu, entre as bases constitucionais da política de asilo, fazem parte determinadas disposições do Tratado da União Europeia (TUE), do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (à qual passo a designar por Carta). Integram-nas igualmente determinadas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

²¹ Informação obtida na página oficial do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, *op. cit.* [27.03.2017].

²² FREIRE, M. R. e NASCIMENTO, D. “Desafiar a agenda? Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados”, *Debater a Europa*, 15, p. 136.

²³ Informação obtida na página oficial do ACNUR, <http://www.unhcr.org/news/latest/2015/8/55dfoe556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html> [7.09.2016].

²⁴ GRAHL-MADSEN, A. “The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law”, *Journal of Peace Research*, 1, p. 278.

²⁵ TUITT, P. “Human rights and refugees”, *The International Journal of Human Rights*, 2, p. 66-67.

As bases jurídico-constitucionais da política europeia comum de asilo concentram-se no artigo 78.º do TFUE. Trata-se de uma atribuição fundamental da UE que o artigo 3.º, n.º 2, do TUE formula nos seguintes termos: “proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”. O artigo 67.º, n.º 2, do TFUE, vincula a “política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas” à “solidariedade entre os Estados Membros” e a ser “equitativa em relação aos nacionais de países terceiros”. Em concretização deste preceito, o artigo 80.º prevê que tal política se pauta pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados Membros, inclusive no plano financeiro, e que, sendo necessário, os atos adotados pela UE em execução de tal política “conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio”. Nos termos do artigo 78.º, n.º 2, do TFUE “a política comum em análise estrutura-se numa série de atos a adotar de acordo com o processo legislativo ordinário e também em atos de direito internacional convencional, cujo conjunto forma o Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA)”²⁶. Tais atos vêm enumerados nas sete alíneas do n.º 2. As alíneas *a)* e *b)* vinculam o legislador da UE a adotar, para os nacionais de países terceiros que deles careçam, não apenas um estatuto uniforme de asilo “válido em toda a União”, mas também um estatuto uniforme de proteção subsidiária para aqueles que, “sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional”. A alínea *c)* impõe a adoção de “um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a proteção temporária das pessoas deslocadas”, a alínea *d)*, impõe a adoção de “procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária”, a alínea *e)*, “critérios e mecanismos de determinação do Estado Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária”, e a alínea *f)* impõe a adoção de “normas relativas às condições de acolhimento de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária”. Por outro lado, a alínea *g)* do n.º 2 do artigo 78.º confere à União competência para estabelecer parcerias e cooperação com países terceiros, “para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária”. Finalmente, o artigo 78.º, n.º 3, habilita o Conselho a adotar medidas provisórias a favor dos Estados Membros confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito afluxo de nacionais de países terceiros.

A Carta garante o direito de asilo no artigo 18.º, remetendo quer para a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova Iorque, relativos ao estatuto dos refugiados, quer para o TUE e o TFUE. Nos termos do artigo 52.º, n.º 2, da Carta, os direitos por ela reconhecidos “que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos”. Revestem-se, todavia,

²⁶ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 5.

de grande importância enquanto parâmetros de validade dos vários tipos de atos de execução da política comum de asilo, de fonte europeia e de fonte nacional, os artigos 4.º (“Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes”), 19.º (“Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição”) e 47.º (“Direito à ação e a um tribunal imparcial”) da Carta.

Nos termos do n.º 1 e n.º 2 do artigo 32.º, da Convenção de Genebra, os Estados Contratantes só podem expulsar os refugiados que se encontrem regularmente no seus territórios “por razões de segurança nacional ou ordem pública” e “em conformidade com o processo previsto pela lei”, no decurso do qual os refugiados devem ser autorizados a apresentar provas que o justifiquem, a recorrer e a fazerem-se representar, para esse efeito, perante uma autoridade competente ou perante uma ou mais pessoas especialmente designadas pela autoridade competente. Mas a segunda parte do n.º 2 do mesmo artigo admite expressamente que tais direitos processuais sejam preteridos por “razões imperiosas de segurança nacional”.

A CEDH não tutela diretamente os direitos dos refugiados, mas tem sido defendido, inicialmente pela Comissão Europeia, e mais tarde pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), que o artigo 3.º é um forte mecanismo contra a repulsão, quer estejamos a considerar a decisão de repulsão *de per se*, ou o hipotético mau trato, as condições em que a expulsão ocorre e as suas eventuais consequências, ou as violações de direitos humanos a que o indivíduo será exposto no país fonte de ameaça. Consideramos, pois, que o artigo 3.º é a fonte jurídico-constitucional que permite a verdadeira eficácia do princípio de *non-refoulement* e a consagração de uma efetiva proteção mais adequada às necessidades deste grupo vulnerável. O artigo em questão constitui, do nosso ponto de vista, um dos valores fundamentais da sociedade democrática, contendo não só uma proibição universal, como uma garantia absoluta e inderrogável por força do artigo 15.º, n.º 2 da CEDH. Pelo que, em circunstância alguma, a tortura ou o tratamento desumano ou degradante são autorizados.

c) As origens dos fluxos migratórios, os Estados Membros mais procurados e a real dimensão dos fluxos em análise

Segundo Maria Raquel Freire e Daniela Nascimento, “as origens variadas dos fluxos migratórios em análise confirmam uma permanência de dinâmicas de instabilidade e violência em várias partes do globo”²⁷. De acordo com o ACNUR, os três principais países de origem dos refugiados, na Europa, no ano de 2015, foram a República Árabe da Síria, o Afeganistão e o Iraque²⁸. Mais detalhadamente, até Junho de 2015, o Kosovo foi o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na EU,

²⁷ FREIRE, M. R. e NASCIMENTO, D. “Desafiar a agenda? Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados”, *Debater a Europa*, 15, p. 135.

²⁸ Informação obtida na página oficial do ACNUR, <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html> [7.02.2017].

representado 26% do número total de requerentes. Durante o mesmo período de tempo, a Síria foi o segundo principal país de cidadania dos requerentes de asilo na EU, representando 16% do número total de requerentes e, por fim, o Afeganistão correspondeu ao terceiro principal país de cidadania dos requerentes de asilo na União, com 7% do total. Relativamente ao segundo quarto de 2015, portanto, de Junho a Setembro, a Síria foi o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na UE (21% do total de requerentes na UE), seguindo-se o Afeganistão (13% do total de requentes de asilo) e a Albânia (8% do total dos requerentes). Finalmente, no terceiro quarto de 2015 (Setembro a Dezembro), a Síria manteve-se como o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na UE (33% do total), o Afeganistão permaneceu o segundo principal país de origem dos requerentes de asilo (14% do total) e o Iraque foi o terceiro principal país de origem dos requerentes de asilo na UE (11% do total)²⁹.

Em 2016, os cidadãos Sírios continuaram a ser o principal país de cidadania da maioria dos requerentes de asilo na EU (28% do número total de requerentes), seguidos pelo Afeganistão, que se manteve em segundo lugar (15% do total dos requerentes de asilo na UE) e pelo Iraque, o terceiro país de cidadania dos requerentes de asilo nos Estados Membros da União Europeia em 2016 (11% do número total de requentes)³⁰.

Os pedidos apresentados por cidadãos sírios, em 2015, excederam os 380.000, um valor três vezes superior ao registado em 2014. O número de pedidos provenientes do conjunto dos países dos Balcãs Ocidentais em 2015 quase duplicou para 201.405, a grande maioria dos quais oriundos do Kosovo e da Albânia. O Afeganistão continuou a ser um dos principais países de origem dos requerentes (196.170 pedidos apresentados), com a maior percentagem de menores não acompanhados requerentes de proteção internacional em toda a UE (25% de todos os requerentes afegãos).

Em 2015 75% dos pedidos de asilo foram registados em apenas cinco Estados Membros: Alemanha, Hungria, Suécia, Áustria e Itália, com um total de 476.510, 177.135, 162.450, 88.160, 84.085 pedidos de asilo, respetivamente³¹.

“Estes números podem dizer-nos muitas coisas, mas há que colocá-los em perspetiva, tendo em conta aquele que seria o impacto na Europa-UE”³². O milhão de pessoas que chegou à UE em 2015 representou apenas 0.2% da população da União

²⁹ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6996925/3-18092015-BP-EN.pdf/bo377f79-f06d-4263-aa5b-cc9b4f6a838f>, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7105334/3-10122015-AP-EN.pdf> [12.02.2017].

³⁰ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1> [20.04.2017].

³¹ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, <http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/pt/> [15.09.2016].

³² FREIRE, M. R. e NASCIMENTO, D. “Desafiar a agenda? Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados”, *Debater a Europa*, 15, p. 135.

Europeia, em comparação com percentagens muito maiores (até 20%) nos países vizinhos³³. Por exemplo, no Líbano, em cada 1000 habitantes, 183 são refugiados, sendo o país, à escala mundial, que o maior número de refugiados acolheu, em relação à sua população nacional³⁴. No final de 2015, a Turquia permaneceu o país que mais refugiados acolheu no mundo, com 2.5 milhões de refugiados no seu território. Em segundo lugar, destaca-se o Paquistão com 1.6 milhões de Refugiados.³⁵ Sintetizando, de acordo com o ACNUR, até ao final de 2015, os países em vias de desenvolvimento hospedavam 13.9 milhões da população total de refugiados do mundo, em comparação com os 2.2 milhões de refugiados acolhidos em países desenvolvidos³⁶.

O conflito armado na República Árabe da Síria, que entrou no seu quinto ano de duração em 2015, bem como outras crises e conflitos armados não resolvidos, e outros surgidos durante o ano, contribuíram para o aumento do deslocamento forçado global e consequente elevado número de pedidos de proteção internacional que chegaram à UE³⁷. Entre eles, os conflitos armados reiniciados no Burundi, Iraque, Líbia e Nigéria, juntamente com os conflitos armados mais antigos, ou não resolvidos, no Afeganistão, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, Sudão do Sul e Iémen.

d) A situação de “policrise” na União Europeia

Esta crise na União Europeia vem acrescentar-se a outras crises anteriores. O euro e a crise grega polarizaram os debates desde 2008. A “Primavera Árabe” transformou as regiões vizinhas da UE, e provocou um elevado nível de instabilidade em toda a região Sul. O conflito na Síria continua por resolver. A situação na Ucrânia permanece instável e sem previsibilidade de solução a curto prazo. Finalmente, mas não menos importante, a decisão dos cidadãos britânicos de abandono da UE acrescentou outra perturbação sem precedentes, com efeitos que ainda estão por definir³⁸.

Esta situação de “policrise” é acompanhada por diversas divisões sem precedentes entre os Estados Membros da UE. A crise do Euro criou as condições para uma oposição entre os Estados do Norte e os do Sul no que respeita às soluções que devem ser implementadas, e a crise migratória provocou uma divisão entre os Estados da Europa Ocidental e Oriental. No entanto, no nosso ponto de vista, as divisões sobre a

³³ Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0045+0+DOC+PDF+Vo//PT> [27.02.2017].

³⁴ Informação obtida na página oficial do ACNUR, <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html> [7.02.2017].

³⁵ Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7.02.2017].

³⁶ Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7.02.2017].

³⁷ Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [7.02.2017].

³⁸ Yves PASCOUAU, “Do conflito ao equilíbrio: a construção de uma plataforma comum para o consenso social e político sobre imigração”, s/d, texto disponível em https://gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2016/11/VisionEurope_PolicyPapers_PT_2017.pdf [20. 12. 2016].

questão das migrações são mais profundas do que em crises anteriores. Uma vez que, os Estados estão divididos quanto a princípios e valores, e quanto às soluções, para lidar com a vida e a morte de seres humanos que fogem de zonas de guerra e de perseguições, com o direito de, pelo menos, requererem proteção internacional num país terceiro. Se alguns Estados, de onde se destaca a Alemanha, demonstraram um grande empenho na oferta de proteção incondicional a cidadãos sírios e a outros refugiados, outros, como o grupo de países do Visegrád, mostraram relutância em acolher refugiados e requerentes de asilo, como adiante desenvolveremos.

3. As medidas adotadas para fazer face à crise migratória

Para solucionar a crise em análise, a União Europeia adotou um conjunto de medidas que, segundo o Conselho, se traduzem numa política migratória assente nas seguintes vertentes: (i) cooperação com os países de origem e de trânsito; (ii) reforço das fronteiras externas da União Europeia; (iii) gestão dos fluxos migratórios e combate às atividades de introdução clandestina de migrantes; (iv) reforma do Sistema Europeu Comum de Asilo; (v) criação de vias de migração legal; e (vi) promoção da integração dos nacionais de países terceiros.

Iremos, de seguida, identificar e analisar todas as medidas políticas que integram cada uma destas vertentes.

No que respeita à (i) cooperação com os países de origem e de trânsito dos migrantes, no âmbito da “abordagem global para a migração e mobilidade (AGMM)”,³⁹ que constitui o quadro geral para as relações da UE com os países terceiros, no domínio da migração, “iniciaram-se e desenvolveram-se vários diálogos, e estabeleceram-se quadros de cooperação com os países terceiros pertinentes”⁴⁰.

Em março de 2015, o Conselho adotou a Estratégia regional da UE para a Síria e o Iraque, bem como para a ameaça representada pela organização terrorista Estado Islâmico do Iraque e do Levante (EIIL/Daexe)⁴¹. A estratégia aborda, entre outras questões, “as consideráveis deslocções de populações na região, nomeadamente o afluxo maciço de refugiados sírios para países vizinhos – Líbano, Jordânia e Turquia – e o aumento da pressão migratória na EU”⁴². Em junho, do mesmo ano, o Conselho

³⁹ “A AGMM serve de complemento à política de cooperação para o desenvolvimento e à política externa da UE. As instâncias preparatórias do Conselho acompanham o desenvolvimento e a aplicação da AGMM.” Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/> [10.04.2017].

⁴⁰ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [10.04.2017].

⁴¹ Informação obtida na página oficial do Conselho da UE, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7267-2015-INIT/pt/pdf> [10.04.2017].

⁴² Informação obtida na página oficial do Conselho da UE, *op. cit.* [10.04.2017].

Europeu comprometeu-se a intensificar a cooperação com a Turquia e outros países relevantes do Médio Oriente, incluindo o Iraque, a Jordânia e o Líbano. Em setembro, os Chefes de Estado, reiteraram este compromisso e chegaram a acordo em ajudar estes países a lidar com o crescente afluxo de refugiados sírios e a mobilizar, no mínimo, mil milhões de euros de financiamento adicional para o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e o Programa Alimentar Mundial. Em fevereiro de 2016, numa conferência internacional realizada em Londres, a UE comprometeu-se a ajudar a população síria com mais de três mil milhões de euros. E numa conferência internacional realizada em abril de 2017, a UE e os doadores internacionais comprometeram-se a disponibilizar 5,6 mil milhões de euros de ajuda para 2017, a fim de dar resposta às enormes necessidades dos sírios.

Foram também intensificadas respostas às causas profundas da migração ilegal, que assentam, maioritariamente, na pobreza extrema, guerra e consequente falta de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos no seu país de origem. E considerou-se que o êxito da política migratória depende da cooperação com os países de origem e de trânsito dos migrantes, a respeito de um amplo leque de questões. Assim, em maio de 2015, o Conselho reiterou a necessidade de reforçar os trabalhos sobre as relações entre a migração e o desenvolvimento, convidando a Comissão Europeia e o Serviço Europeu para Ação Externa (SEAE) a trabalharem na elaboração de medidas concretas. O Fundo Fiduciário de Emergência da UE para a estabilidade e o combate às causas profundas da migração irregular e do fenómeno das pessoas deslocadas em África é uma medida paradigmática para esse efeito. O fundo foi lançado na Cimeira de Valeta sobre migração, realizada em 11 e 12 de novembro de 2015, onde os dirigentes da UE e de África, sublinharam a necessidade de serem tomadas medidas relacionadas com os conflitos, violações e abusos dos direitos humanos. Entre tais medidas, contam-se a prevenção de conflitos, o apoio à construção do Estado e o Estado de Direito, bem como o reforço da capacidade do Estado para garantir a segurança e lutar contra o terrorismo. O Plano de Ação de Valeta, definido nesta cimeira, sublinha a necessidade de se integrar a migração nas estratégias de cooperação para o desenvolvimento e de erradicação da pobreza, e de se alcançar uma série de objetivos, nomeadamente: impulsionar o desenvolvimento socioeconómico nos países de origem, através da criação de oportunidades de emprego para jovens de ambos os sexos, apoiar a resiliência em benefício dos mais vulneráveis, inclusive através do desenvolvimento rural e do reforço da segurança alimentar e nutricional e promover a participação dos deslocados nos seus países de origem.

Em maio de 2016, o Conselho adotou conclusões para dar resposta ao número crescente de deslocados de longa duração nos países em desenvolvimento, visando promover a contribuição ativa destas pessoas para a economia e a sociedade dos países de acolhimento, através de novos programas de desenvolvimento. Em setembro do mesmo ano, a Comissão Europeia propôs um plano de investimento externo europeu para fomentar o investimento privado e a criação de emprego em África e na Vizinhança Europeia. Este plano de investimento externo visa alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável e combater as causas profundas da migração. Em outubro

de 2016, o Conselho Europeu exortou o Conselho a definir, antes do final do ano, a sua posição sobre o plano de investimento externo, com vista a alcançar um rápido acordo com o Parlamento Europeu no primeiro semestre de 2017.

Ainda em 2016, o Conselho Europeu aprovou a criação de um novo quadro de parceria para a migração, que está a ser aplicado em cinco países prioritários (Níger, Nigéria, Senegal, Mali e Etiópia), com a finalidade de aprofundar a cooperação com os principais países de origem e de trânsito dos migrantes e, consequentemente, “combater a migração irregular e as suas causas profundas”⁴³. Foi também reforçada a cooperação “com outros países relevantes neste contexto, como o Afeganistão e o Egito”⁴⁴.

No decorrer da crise migratória, os Estados Membros de trânsito e de destino dos fluxos migratórios tomaram “uma série de medidas unilaterais que se traduziram, não raro, na rejeição pura e simples dos refugiados nas suas fronteiras”⁴⁵, e como nova tentativa de alcançar uma solução para a crise no plano da UE, surge a Declaração UE-Turquia, datada de 7 de Março de 2016, que tem como propósito combater os fluxos de migração irregular através da Turquia, com destino à UE. Todos os elementos que constam da declaração “constituem medidas temporárias e excecionais, necessárias”⁴⁶ para atingir a finalidade anterior e, segundo a letra da Declaração “estão a ser executadas em plena conformidade com o direito da UE e o direito internacional, ficando excluído qualquer tipo de expulsão coletiva”⁴⁷. Para alcançar tal desiderato, Bruxelas e Ancara acordaram o seguinte: (i) devolver à Turquia todos os migrantes irregulares que chegam às ilhas gregas, a partir de 20 de Março de 2016; os custos das operações de regresso serão assumidos pela EU; (ii) estabelecer um “sistema de reinstalação ‘1 por 1’ que prevê que por cada sírio regressado à Turquia, a UE e os seus membros permitirão que outro refugiado sírio entre legalmente na EU”⁴⁸, mediante o apoio da Comissão Europeia, das agências da União e de outros Estados Membros; é dada prioridade aos migrantes que não tenham anteriormente entrado ou tentado entrar de forma irregular na UE⁴⁹. Como

⁴³Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/> [10.04.2017].

⁴⁴ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [10.04.2017].

⁴⁵ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 37.

⁴⁶Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/> [12.04.2017].

⁴⁷Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [12.04.2017].

⁴⁸Janis A. EMMANOULIDIS, “Elements of a complex but still incomplete puzzle: as assessment of the EU (Turkey) summit”, s/d, texto disponível em http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=5&pub_id=6417&year=2016 [7. 09.2016].

⁴⁹ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/> [12.04.2017].

contrapartida, (iii) a Turquia disponibiliza-se a proteger as suas fronteiras, para evitar a abertura de novas rotas marítimas ou terrestres para a migração ilegal em direção à EU; e aceita o regresso dos migrantes irregulares; (iv) a União Europeia, por seu lado, em estreita cooperação com a Turquia, “agiliza o pagamento à Turquia do montante de três biliões de euros para apoio aos refugiados instalados em território turco”⁵⁰ e quando esse montante de recursos estiver prestes a ser esgotado, “e desde que tenham sido cumpridos os compromissos acima referidos, a UE mobilizará um financiamento suplementar [até] ao final de 2018”⁵¹.

Finalmente, para solidificar a cooperação com os países de origem e de trânsito, foi igualmente considerado necessário reduzir os fatores de atração que induzem os migrantes a abandonar os seus países. Assim, em novembro de 2015, os dirigentes da UE e de África, acordaram em melhorar o acesso à informação sobre os perigos da migração irregular e proporcionar uma visão realista das condições de vida nos países europeus. Nas conclusões adotadas em 9 de novembro de 2015, o Conselho decidiu definir uma estratégia comum de informação destinada a desencorajar os migrantes de embarcarem em viagens perigosas e recorrerem a passadores. Esta estratégia explicará também o funcionamento das regras internacionais e da UE em matéria de migração, incluindo a gestão das fronteiras, a reinstalação, a recolocação e o regresso.

(ii) Reforçar as fronteiras externas da UE, foi outra das vertentes da política migratória para dar resposta ao crescente fluxo migratório nos Estados Membros. Entendeu-se que, “uma gestão eficaz das fronteiras externas da UE é essencial para assegurar o bom funcionamento da livre circulação dentro da UE”⁵². Consequentemente, em outubro de 2016, foi criada a Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira⁵³, na sequência do apelo do Conselho Europeu, em setembro de 2015, para reforçar os controlos nas fronteiras externas. A Agência monitorizará de perto as fronteiras externas da UE e trabalhará em conjunto com os Estados Membros para identificar e responder rapidamente a potenciais ameaças à segurança das fronteiras externas da UE. Em dezembro de 2016, a Agência criou uma reserva de reação rápida, “composta por 1.500 agentes, disponibilizados pelos Estados Membros da UE e pelos países associados a Schengen, que pode ser destacada num prazo de cinco dias úteis

⁵⁰ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p.33.

⁵¹ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op.cit.* [12.04.2017] (interpolação nossa).

⁵² Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/strengthening-external-borders/> [13.04.2017].

⁵³ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e dos Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/09/14-european-border-coast-guard/>, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-29-2016-INIT/pt/pdf> [13.04.2017].

em situação de crise”⁵⁴. E a 7 de março de 2017, o Conselho adotou um regulamento que altera o Código das Fronteiras Schengen para reforçar os controlos nas fronteiras externas por confronto com as bases de dados pertinentes. Isto é, a alteração obriga os Estados Membros a efetuarem controlos sistemáticos, por confronto com as bases de dados de todas as pessoas, quando atravessarem as fronteiras externas. Segundo a perspetiva do Conselho, estes controlos permitirão igualmente aos Estados Membros verificar que “pessoas controladas não representam uma ameaça para a ordem pública, segurança interna ou saúde pública”⁵⁵. É uma obrigação que se aplica em todas as fronteiras externas (fronteiras aéreas, marítimas e terrestres) dos Estados Membros, tanto à entrada como à saída.

Outra das principais vertentes da política de migração da UE acima elencadas é a (iii) gestão dos fluxos migratórios, o regresso dos migrantes ilegais aos seus países de origem e o combate aos passadores de migrantes. A política da UE em matéria de regresso baseia-se na Diretiva Regresso, que estabelece regras para assegurar o regresso dos nacionais de países terceiros em situação irregular. A diretiva reitera também a necessidade de celebrar com os países terceiros acordos de readmissão, que definem as regras para o regresso das pessoas em situação irregular aos territórios dos países terceiros. Até à data, a UE celebrou 17 acordos de readmissão. Porém, “a necessidade de reforçar a política da UE em matéria de regresso e de a tornar mais eficaz”⁵⁶ é regularmente lembrada pelo Conselho Europeu e Conselho, “nomeadamente através da plena execução dos acordos de readmissão em vigor e da celebração de novos acordos”⁵⁷.

No que toca à proteção das fronteiras da UE, combate às redes criminosas e resgate dos migrantes em perigo, a UE tem em curso três operações de patrulha no Mediterrâneo: a Operação Triton, lançada em 2014, centrada na vigilância das fronteiras nas águas próximas da costa italiana; a Operação Poseidon, lançada em 2006, com a responsabilidade de controlar as fronteiras no Mediterrâneo Oriental e a Operação Sophia (também conhecida por EUNAVFOR MED), lançada em 2015, que tem como missão combater os passadores no Mediterrâneo.

Na reunião de 23 de abril de 2015, onde se definiram as principais orientações para impedir que mais pessoas morram no mar, os dirigentes da UE apelaram a um reforço urgente das operações Triton e Poseidon, “multiplicando, no mínimo, por três os

⁵⁴ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/strengthening-external-borders/> [13.04.2017].

⁵⁵ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [13.04.2017].

⁵⁶ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/managing-migration-flows/> [14.04.2017].

⁵⁷ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

recursos financeiros destas operações para 2015 e 2016”⁵⁸. Este reforço das operações permite aumentar a vigilância das fronteiras e, quando necessário, levar a cabo operações de busca e salvamento. Em 18 de maio de 2015, seguindo as instruções do Conselho Europeu, o Conselho acordou em criar a operação militar Sophia, para acabar com o modelo de negócio dos passadores e traficantes de pessoas no Mediterrâneo. A 22 de junho de 2015, a operação foi lançada e será conduzida em fases sequenciais. A primeira fase centra-se na vigilância e na avaliação das redes de introdução clandestina de migrantes e de tráfico de pessoas. A primeira etapa da segunda fase (alto mar), que teve início em 7 de outubro de 2015, permite a subida a bordo, a busca, a apreensão e o desvio em alto mar de navios suspeitos, em conformidade com o direito internacional.

Em 9 de outubro de 2015, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 2240, que reforça a autoridade da operação Sophia para tomar medidas contra a introdução clandestina de migrantes e o tráfico de pessoas, a partir do território da Líbia e ao largo da costa deste país. Em 20 de junho de 2016, o Conselho prorrogou o mandato da operação até 27 de Julho de 2017 e acrescentou duas missões de apoio: (i) dar formação à Guarda Costeira e da Marinha líbias, com o intuito de reforçar a sua capacidade para dismantelar a introdução clandestina de migrantes e o tráfico de pessoas na Líbia; realizar atividades de busca e salvamento de modo que a segurança nas águas territoriais líbias melhore; (ii) lutar contra o tráfico de armas, operação que contribuirá para a partilha de informações e o apoio à aplicação do embargo de armas das Nações Unidas (NU) no alto mar, ao largo da costa da Líbia.

Além disso, em maio de 2015, o Conselho concordou em reforçar a missão civil EUCAP Sael Níger. Deste modo, a UE oferecerá às autoridades nigerinas apoio na prevenção da imigração irregular e no combate aos crimes a ela associados. Na medida em que, o Níger é um ponto geográfico crítico para os fluxos migratórios em direção à Europa: 90% dos migrantes da África Ocidental passam pelo Níger a caminho da Líbia.

Em julho de 2016, o mandato da missão foi prorrogado até julho de 2018 e foi adaptado para melhor controlar e combater a migração irregular.

Para além da vigilância marítima e do controlo das fronteiras, a UE procura igualmente combater as redes criminosas que se aproveitam dos migrantes vulneráveis. O Conselho apelou à criação de um Centro Europeu contra a Introdução Clandestina de Migrantes - que foi lançado em fevereiro de 2016 -, e aos Estados Membros, para que criassem, em coordenação com a Comissão, uma rede de pontos de contacto operacionais sobre a introdução clandestina de migrantes. Na Cimeira de Valeta sobre migração, em novembro de 2015, os dirigentes da UE e os dirigentes africanos acordaram em melhorar a recolha e a partilha de informações, bem como a cooperação policial e judiciária na luta contra a introdução clandestina de migrantes. Em março de 2016, o Conselho adotou conclusões sobre o auxílio à imigração ilegal, apelando aos intervenientes relevantes para

⁵⁸ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

que: (i) melhorem a cooperação operacional e a partilha de dados relativamente ao auxílio à imigração ilegal; (ii) intensifiquem as investigações financeiras em casos de auxílio à imigração ilegal; (iii) desenvolvam um levantamento das formas como as redes sociais são utilizadas no auxílio à imigração ilegal; (iv) se empenhem num diálogo com o setor privado, em especial o setor dos transportes; (v) melhorem a cooperação com os países de origem e de trânsito⁵⁹.

Em fevereiro de 2017, os dirigentes da UE acordaram em aumentar a cooperação com a Líbia, de onde partiram 90% dos migrantes em 2016. Os dirigentes da UE adotaram a Declaração de Malta⁶⁰, que visa conter o fluxo de migrantes ao longo da rota do Mediterrâneo Central e combater o modelo de negócio dos passadores.

(v) A crise migratória pôs também em evidência a necessidade de reformar o Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), que estabelece as normas mínimas comuns para o tratamento de todos os requerentes de asilo e pedidos de asilo. No âmbito do quadro existente, os requerentes de asilo não são tratados de modo uniforme e as taxas de reconhecimento variam de um Estado Membro para o outro, o que encoraja movimentos secundários e a procura de asilo de conveniência.

Atualmente, o Conselho está a analisar sete propostas legislativas apresentadas pela Comissão Europeia para reformar o SECA. Entretanto, entre as primeiras medidas no âmbito da Agenda Europeia da Migração, consta a proposta apresentada pela Comissão relativa a um procedimento de recolocação temporário para apoiar a Itália e a Grécia, “a fim de as ajudar a enfrentarem melhor uma situação de emergência caracterizada pelo súbito afluxo de nacionais de países terceiros”⁶¹. As medidas apresentadas foram adotadas e constam da Decisão 2015/1523 do Conselho, de 14 de Setembro, e da Decisão 2015/1601, também do Conselho, de 22 de Setembro, com base no artigo 78.º n.º 3, do TFUE, que estipula a possibilidade de adoção de medidas provisórias, por parte do Conselho, sob proposta da Comissão, a favor de um ou mais Estados Membros, confrontados com uma situação de emergência, conforme anteriormente analisamos. Ambas as decisões estabelecem um mecanismo de recolocação apenas aplicável aos nacionais de países terceiros que (i) tenham apresentado um pedido de proteção internacional em Itália ou na Grécia, pela análise do qual esses Estados seriam responsáveis, em aplicação dos critérios estabelecidos no capítulo III do Regulamento n.º 604/2013 e (ii) tenham nacionalidades relativamente às quais a percentagem de decisões de concessão de proteção internacional adotadas em primeira instância seja igual ou superior a 75% do total dessas decisões.

⁵⁹ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

⁶⁰ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/02/03-malta-declaration/> [14.04.2017].

⁶¹ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 34.

A primeira decisão aponta para a recolocação, “numa base voluntária entre os Estados Membros de recolocação”⁶², de 40.000 pessoas com clara necessidade de proteção internacional, 24.000 a partir da Itália e 16.000 a partir da Grécia. A segunda decisão, em contrapartida, determina a obrigatoriedade da recolocação de 120.000 pessoas carecidas de proteção nos outros Estados Membros, de acordo com os quadros de contingentes estabelecidos em anexo. Nos termos do artigo 4.º, n.º 5, da segunda decisão, qualquer Estado Membro poderia, em circunstâncias excecionais, notificar o Conselho e a Comissão, até 26 de Dezembro de 2015, de que se encontrava temporariamente impedido de participar na recolocação de, no máximo, 30% dos requerentes do contingente atribuído, desde que apresentasse razões devidamente justificadas e compatíveis com os valores fundamentais da União, consagrados no artigo 2.º do TUE. Foi o caso da Decisão de Execução do Conselho, de 8 de Março de 2016, relativa à suspensão temporária da recolocação de 30% de requerentes do contingente atribuído à Áustria, durante um ano, que registou o segundo nível mais elevado, depois da Suécia, de requerentes de proteção internacional em relação ao número de habitantes (9 421 pedidos por milhão de habitantes, segundo os dados do Eurostat disponíveis)⁶³. E da Decisão 2016//964 do Conselho de 9.6.2016, relativamente à Suécia que registou o número mais elevado de requerentes de proteção internacional *per capita* na União em 2015 (com 11.503 pedidos por milhão de habitante), passando a beneficiar de uma suspensão até 16.6.2017⁶⁴.

Os restantes Estados Membros ficam ainda vinculados a aumentar o seu apoio operacional à Itália e à Grécia, disponibilizando, nomeadamente, peritos nacionais para uma série de atividades de apoio (artigo 7.º de ambas as decisões). Em compensação, a Itália e a Grécia ficam vinculadas a assegurar “um sólido mecanismo de identificação, registo e recolha de impressões digitais para efeitos do procedimento de recolocação, de modo a identificar rapidamente as pessoas com necessidade de proteção internacional elegíveis para a recolocação e a identificar os migrantes que não têm direito a proteção internacional e que deverão, por conseguinte, ser obrigados a regressar” (37.º considerando da Decisão 2015/1601). Atualmente, há cinco centros de registo abertos na Grécia e outros quatro em Itália⁶⁵. Estes centros de registo são também designados como pontos de acesso ou *hotspot areas*.

No preâmbulo de ambas as decisões (respetivamente, 18.º e 23.º considerandos) reconhece-se que, para além de uma derrogação ao Regulamento “Dublin III”, tais

⁶² PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 35.

⁶³ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6715-2016-INIT/pt/pdf> [14.04.2017].

⁶⁴ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5626-2016-INIT/pt/pdf> [14.04.2017].

⁶⁵ Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/reforming-ceas/temporary-relocation/> [15.04.2017].

decisões implicam uma derrogação ao consentimento do requerente de proteção internacional, exigido pelo artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 516/2014. Isto quando se trate da transferência do requerente do Estado Membro que lhe concedeu proteção internacional, ou é responsável pela análise do pedido nesse sentido, para outro Estado Membro, onde o mesmo requerente beneficiará de proteção equivalente, ou verá analisado o seu pedido de proteção internacional. Apenas os Estados Membros de recolocação, “no devido respeito pelo princípio da não discriminação”, poderão indicar as suas preferências em relação aos requerentes de proteção internacional (29.º considerando da primeira decisão e 34.º da segunda). Tal como explicitado no preâmbulo de ambas as decisões, nenhum requerente tem o direito, ao abrigo da legislação da União, de escolher o Estado Membro responsável pela análise do seu pedido. Apenas lhe cabe o direito de recorrer da decisão de recolocação, “tendo unicamente em vista garantir o respeito dos seus direitos fundamentais” (30.º considerando da Decisão 2015/1523 e 35.º da Decisão 2015/1601).

(vi) A UE está também empenhada em proporcionar vias legais e seguras de entrada na Europa às pessoas que carecem de proteção internacional. Assim, em abril de 2015, o Conselho Europeu realçou a necessidade de criar um primeiro projeto-piloto voluntário de reinstalação em toda a UE, a fim de aumentar o número de lugares oferecidos às pessoas com necessidade de proteção. E em 25 de junho de 2015, o Conselho Europeu acordou em que todos os Estados Membros participassem na reinstalação de 20 000 pessoas que necessitam de proteção internacional, ao longo de um período de dois anos. Em 20 de julho de 2015, o Conselho adotou conclusões que definem os pormenores desta reinstalação e que têm em conta as regiões prioritárias para efeitos de reinstalação, nomeadamente o Norte de África, o Médio Oriente e o Corno de África, “com especial destaque para os países onde foram implementados os Programas de Proteção e Desenvolvimento Regional”⁶⁶.

Na sequência da Declaração UE-Turquia, quando as passagens irregulares em proveniência da Turquia terminarem ou forem substancialmente reduzidas, será ativado um programa voluntário de admissão por motivos humanitários, baseado na proposta da Comissão de dezembro de 2015. E em julho de 2016, a Comissão propôs a criação de um quadro de reinstalação da UE com um procedimento uniformizado em toda a EU “para garantir vias legais e seguras de entrada na Europa para as pessoas com necessidade de proteção internacional”⁶⁷. Esse novo quadro deverá ser aplicado através de um plano anual de reinstalação da UE, adotado pelo Conselho, sob proposta da

⁶⁶ Informação obtida na página oficial do Conselho da União Europeia, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/pt/pdf> [15.04.2017].

⁶⁷ Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_pt.htm [15.04.2017].

Comissão. A proposta inscreve-se no âmbito da reforma do Sistema Europeu Comum de Asilo⁶⁸.

No cumprimento da sua Agenda Europeia da Migração, a Comissão anunciou que a Diretiva Cartão Azul UE iria ser revista para atrair mais eficazmente os talentos de que a Europa necessita. A revisão da Diretiva Cartão Azul está a ser debatida no Conselho, na sequência de uma proposta da Comissão apresentada em junho de 2016. Esta Diretiva foi adotada em 2009 como quadro para facilitar a migração legal para a EU, de trabalhadores altamente qualificados de países terceiros. Pretendia-se combater a escassez de mão de obra e de competências e tornar a UE mais competitiva, atraindo trabalhadores altamente qualificados. A atual diretiva revelou-se insuficiente tendo em conta o limitado número de autorizações concedido a trabalhadores altamente especializados.

Os dirigentes da UE e de África, reunidos em Valeta, em 11 e 12 de novembro de 2015, acordaram também na necessidade de promover canais regulares para a migração e a mobilidade entre os países europeus e africanos, o que passa pela mobilidade de estudantes, investigadores e empresários, por exemplo, mediante a duplicação do número de bolsas para estudantes e pessoal académico em 2016 através do programa Erasmus+.

Finalmente, as medidas de recolocação e reinstalação adotadas, em resposta à crise de refugiados e migrantes, destacaram a necessidade de prestar apoio aos Estados Membros com menos experiência em matéria de integração. Com efeito, os nacionais de países terceiros, na UE, veem-se frequentemente confrontados com obstáculos, no que toca ao emprego, à educação e à inclusão social. Nas suas conclusões de dezembro de 2016, o Conselho convidou os Estados Membros a procederem à troca de boas práticas no domínio da integração dos nacionais de países terceiros, a melhorarem o acompanhamento e a avaliação dos resultados em matéria de integração e a tratarem a questão do reconhecimento das qualificações e competências dos nacionais de países terceiros⁶⁹.

4. As medidas adotadas à luz dos direitos humanos

Uma vez identificadas e analisadas as medidas adotadas pela UE para enfrentar a crise migratória, pretendemos agora perceber que implicações têm no âmbito dos direitos humanos. Para tal, baseamo-nos nos relatórios da Amnistia Internacional,

⁶⁸Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_pt.htm [15.04.2017].

⁶⁹ Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15312-2016-INIT/pt/pdf> [15.04.2017].

Human Rights Watch, Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais, *European Council on Refugees and Exiles* e do ACNUR.

A criação de *zonas dos pontos de crise*, “a sua instalação e colocação em funcionamento têm sido lentas, tendo em conta tudo o que exigem em termos de conjugação de esforços e de coordenação, assim como de aprovação de legislação adequada”⁷⁰. Vários relatórios de ONGs demonstram que este mecanismo não está a ser satisfatório, “por sujeitar as pessoas a longas horas de espera, em condições desadequadas e sem se ter devidamente em conta as necessidades específicas das pessoas especialmente vulneráveis, como as crianças ou os migrantes com necessidades médicas especiais”⁷¹. Na Grécia, o *hotspot* de Leros foi alvo de ataque por parte dos residentes dessa localidade, segundo a *Human Rights Watch*, “a polícia não protege os residentes do campo de violência e do assédio”⁷²; e o *hotspot* de Lesbos foi incendiado pelos próprios migrantes, como reivindicação pela falta de condições, mas também por começarem a ter conhecimento da possível transferência para a Turquia, em virtude da Declaração EU-Turquia⁷³ anteriormente analisada. Segundo o relatório “Foco da crise: como a principal abordagem da EU resulta em violações dos direitos de refugiados e migrantes”⁷⁴, da Amnistia Internacional, “a Itália introduziu uma série de práticas coercivas para obter as impressões digitais de refugiados e migrantes no país”⁷⁵. Neste relatório encontramos 24 testemunhos de maus-tratos, 16 dos quais envolvem agressões físicas, como a submissão a choques elétricos com cassetetes de atordoamento. Porém, o mesmo demonstra que a conduta da generalidade dos agentes da polícia permanece profissional e que a vasta maioria de impressões digitais registadas decorre sem quaisquer incidentes, “mas aquilo que foi apurado nesta investigação suscita graves preocupações e demonstra que é necessária uma análise independente das práticas correntes”⁷⁶. Numa fase posterior, que se traduz numa seleção em que os requerentes de

⁷⁰ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 34.

⁷¹ Informação obtida na página oficial do European Council on Refugees and Exiles (ECRE), <http://www.ecre.org/> “Hotspot opens in Lesbos but reports of conditions on the Island remain worrying” [23-11-2016]; GIL, A.R. “A crise migratória de 2015 e os direitos humanos das pessoas carecidas de proteção internacional: o direito europeu posto à prova”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, volume I, Almedina, 2016.

⁷² Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/news/2016/07/14/dispatches-greeces-refugee-hotspots-breeding-violence> [20.04.2017]

⁷³ Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/news/2016/09/21/greece-refugee-camp-destroyed-fire> [20.04.2017].

⁷⁴ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, http://www.amnistia.pt/images/Noticias/Novembro_2016/Alreport_Hotspot_Italy_EU_approach_leads_to_violations_of_refugee_and_migrant_rights.pdf [20.04.2017].

⁷⁵ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

⁷⁶ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, <http://www.amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-43-20/2559-politicas-europeias-de-endurecimento-levam-a-abusos-de-refugiados-e-migrantes-em-italia> [20.04.2017].

asilo são separados daqueles que as autoridades consideram ser migrantes irregulares, a Amnistia, denuncia que “além das entrevistas feitas aos recém-chegados serem extremamente curtas, os agentes da polícia não têm as competências adequadas para as conduzir”⁷⁷. Ainda assim, “estão a tomar decisões sobre as necessidades de proteção das pessoas e àquelas a quem não é reconhecido o direito de asilo é emitida ordem de expulsão, a qual pode expor as pessoas em questão a graves violações de direitos humanos”⁷⁸.

Ainda relacionado com esta medida, mas abrangendo uma outra, isto é, o primado que o Regulamento 2016/1624 atribui à Agência Europeia de Guardas de Fronteiras e Costeira, nas *zonas dos pontos de crise*, revela uma abordagem mais securitária do Sistema Europeu Comum de Asilo na gestão dos fluxos mistos, e, por conseguinte, menos centrada nas reais necessidades de proteção internacional que suscitam e às quais os Estados Membros da União se encontram vinculados. Por outro lado, estas *zonas dos pontos de crise* e as atividades que aí se desenvolvem limitam-se a ajudar os Estados Membros de primeira entrada na execução da tarefa desproporcionada que lhes impõem os Regulamentos Dublin III e Eurodac de recolher as impressões digitais de todas as pessoas que atravessaram irregularmente as respetivas fronteiras. O que determina “a responsabilidade desses Estados pela análise dos correspondentes pedidos de asilo, tornando efetivos os desequilíbrios inerentes ao sistema de Dublin”⁷⁹. E é neste ponto que se encaixam as medidas analisadas no próximo parágrafo.

A Decisão 2015/1523 do Conselho, de 14 de Setembro, e a Decisão 2015/1601, também do Conselho, de 22 de Setembro, adotadas com base no artigo 78.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, determinam as *medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor da Itália e da Grécia*, que anteriormente analisamos com detalhe. Na nossa opinião, estas Decisões do Conselho são o lado mais visível da “grave desunião europeia que se verifica no âmbito da política comum de asilo e do Sistema Europeu Comum de Asilo”⁸⁰. A segunda decisão teve os votos contra da Hungria, da República Checa, da Eslováquia e da Roménia e as abstenções da Polónia e da Finlândia. E os quatro Estados Membros do grupo de Visegrád (República Checa, Hungria, Polónia e a Eslováquia) recusaram-se a dar cumprimento à decisão de recolocação. Na Hungria, a quota de refugiados atribuída pela Decisão 2015/1601 foi, inclusive, submetida a referendo, realizado no dia 2 de Outubro de 2016, e rejeitada (apesar de não ser uma rejeição juridicamente vinculativa segundo o direito nacional húngaro). Por outro lado, a recolocação de pessoas nos Estados Membros que não se opuseram ao cumprimento das decisões do Conselho “tem experienciado obstáculos e

⁷⁷ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

⁷⁸ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

⁷⁹ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 34.

⁸⁰ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 36.

lentidões burocráticas sérias, continuando o número de recolocações muito baixo (ultrapassando em pouco os seis mil no final de 2016)”.⁸¹

Na recolocação de requerentes de asilo, apenas serviram de exemplo um pequeno grupo de países. Segundo a *Human Rights Watch*, a França recolocou o maior número de requerentes, um total de 1.987, até Março de 2016⁸². A Finlândia, Portugal, a Holanda, Malta, Chipre e o Luxemburgo, por sinal os países mais pequenos da União Europeia, avançaram no sentido de cumprir os seus compromissos.

Outro aspeto que, do nosso ponto de vista, deve ser considerado é que muitos requerentes de asilo não são elegíveis para recolocação no âmbito do plano de recolocação europeu que é apenas dirigido a nacionais de países cuja taxa de proteção em toda a UE excede 75%, com base em dados atualizados trimestralmente. No início, os cidadãos eritreus, iraquianos e sírios poderiam candidatar-se, juntamente com pessoas de alguns lugares surpreendentes como Costa Rica, São Vicente e Granadinas. Mas os afegãos - um quarto dos presos na Grécia - nunca foram incluídos. Desde junho, os iraquianos não foram elegíveis. Neste contexto, a *Human Rights Watch* considera que a UE deveria considerar todos menores não acompanhados elegíveis, apesar da nacionalidade, acrescentando que esta é a oportunidade para a Comissão fazer a coisa certa⁸³.

A *Declaração UE-Turquia de 7 de Março de 2016* surge como uma nova tentativa de alcançar solução para a crise no plano da União Europeia. Porém, para além de ter sido alvo de três recursos de anulação pendentes perante o Tribunal Geral da UE, foi também alvo de várias críticas, entre as quais destacamos: (i) a incompatibilidade com os artigos: 70.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 1.º, 18.º e 19.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e artigo 4.º do Protocolo n.º 4 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que consagram as proibições de expulsão coletiva e de repulsão de acordo com o princípio de *non-refoulement*; tendo em conta a cláusula da declaração que estipula que todos os novos migrantes irregulares que viagem da Turquia para a Grécia a partir de 20 de Março de 2016 deverão ser devolvidos à Turquia; (ii) a Turquia não é um país terceiro seguro na aceção do artigo 38.º da Diretiva 2013/32, na medida em que, devido a uma reserva feita no momento da assinatura da Convenção de Genebra, não está vinculada a aplicá-la em relação com os acontecimentos ocorridos fora da Europa. Ou seja, a Turquia apenas aplica plenamente a Convenção de Genebra às pessoas que fogem à perseguição e/ou à guerra, na Europa. E o acordo não respeitou o processo de conclusão de acordos internacionais previsto no artigo 218.º do TFUE, o que o torna inválido.

⁸¹ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 36.

⁸² Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/news/2016/10/04/relocation-farce-brings-shame-europe> [20.04.2017].

⁸³ Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, *op. cit.* [20.04.2017].

As críticas mais fortes contra um acordo UE-Turquia vieram de “organizações de direitos humanos preocupadas com as potenciais consequências humanitárias e com a legalidade de um regresso direto de migrantes e/ou refugiados da Grécia para a Turquia”⁸⁴. Argumentando que a União Europeia e os seus membros têm a obrigação legal e moral de proteger as pessoas carecidas de proteção internacional que chegam às margens da Europa.

Apesar de todas as críticas, a declaração em análise, tem a possibilidade de, por um lado, impedir rotas irregulares de migração para a Europa e, por outro lado, de “viabilizar a reinstalação enquanto canal legal de acesso à União Europeia para as pessoas carecidas de proteção internacional”⁸⁵. No entanto, o “‘imperativo humanitário’ exige que o acordo UE-Turquia seja complementado por uma política comum de asilo muito mais eficiente e por outras medidas a longo prazo”⁸⁶, no âmbito de um plano global destinado a equilibrar solidariedade e segurança.

No que toca à gestão dos fluxos migratórios, que assenta na celebração de acordos de readmissão, de acordo com a Diretiva Regresso, segundo a Amnistia Internacional, “sob a pressão exercida pela UE, a Itália tem tentado aumentar o número de migrantes que faz regressar aos seus países de origem”⁸⁷, incluindo “a negociação de acordos de readmissão com países que cometem atrocidades chocantes”⁸⁸. Um dos Memorandos de Entendimento (MDE) foi assinado entre a Itália e as autoridades policiais sudanesas em agosto de 2015, permitindo um processo de identificação sumário que, em algumas circunstâncias, pode até ocorrer no Sudão, depois de a expulsão do território italiano ter ocorrido. Porém, mesmo quando o processo de identificação é feito em Itália, “este é tão superficial e tão profundamente delegado nas autoridades sudanesas que não permite fazer a determinação individualizada de que a pessoa não ficará em risco real de ser sujeita a graves violações de direitos humanos ao regressar ao país de origem”⁸⁹. O processo resultou já em casos de expulsões ilegais, como é documentado no relatório. Neste contexto, a Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais entende que, para evitar infringir maus-tratos a pessoas expulsas, “os Estados Membros da UE devem ponderar a criação de mecanismos de controlo eficazes para o retorno dos

⁸⁴ Janis A. EMMANOULIDIS, “Elements of a complex but still incomplete puzzle: as assessment of the EU (Turkey) summit”, s/d, texto disponível em http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=5&pub_id=6417&year=2016 [7.09.2016].

⁸⁵ PIÇARRA, N. “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo”, *e-Pública*, 2, p. 38.

⁸⁶ Janis A. EMMANOULIDIS, “Elements of a complex but...”, *op. cit.*, s/d, texto disponível em http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=5&pub_id=6417&year=2016 [7.09.2016].

⁸⁷ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, <http://www.amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-43-20/2559-politicas-europeias-de-endurecimento-levam-a-abusos-de-refugiados-e-migrantes-em-italia> [20.04.2017].

⁸⁸ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

⁸⁹ Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

migrantes irregulares”⁹⁰. A proteção dos direitos fundamentais nos processos de retorno contribui para que estes sejam mais eficazes e mais humanos, favorecendo alternativas menos intrusivas à detenção e apoiando os retornos voluntários, que são mais sustentáveis, em detrimento dos retornos forçados.

5. Conclusão

Até agora, “a União Europeia, e os seus Estados Membros, dão prioridade à gestão das fronteiras externas e lutam contra a migração irregular, em detrimento de um regime de asilo e de migração legal adequado”⁹¹. Consequentemente, a securitização do migrante como ameaça apenas contribui para distorcer os compromissos dos Estados Membros em matéria de proteção internacional. O tratamento da questão, de forma eficiente, deveria, ao invés, contribuir para reforçar os direitos fundamentais tal como, a estabilidade interna e nas fronteiras da União.

Todas as medidas adotadas são de carácter conjuntural e de eficácia diminuta. Tratando a gestão migratória de forma reativa e demorada. Além de que, são acompanhadas por medidas unilaterais dos Estados Membros de trânsito e de destino do afluxo de migrantes e de refugiados que, vão desde a reintrodução de controlos nas fronteiras internas, construção de muros nas fronteiras externas, às comunicações de limitações ou de recusas ao acolhimento de requerentes de proteção internacional.

Deste modo, por um lado, nunca foram tão evidentes as insuficiências das medidas adotadas para solucionar o afluxo massivo de migrantes na Europa, e, por outro lado, as condições políticas nunca foram tão adversas para reformar de forma eficaz, coesa e de acordo com os sistemas de proteção dos direitos humanos em geral e dos refugiados em particular, legalmente previstos, a política europeia comum em matéria de asilo, proteção subsidiária e proteção temporária, bem como o sistema de Dublin III.

6. Referências bibliográficas

BERTIN, Arnaud, LIN, Beier, TENNANT, Evalyn, TARAN, Patrick, “Migrants & Refugees have rights! Impact of EU policies on accessing protection”, s/d, texto disponível em <http://www.caritas.eu/news/report-migrants-and-refugees-have-rights> [1. 02. 2017].

⁹⁰ Informação obtida na página oficial da European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), <http://fra.europa.eu/en/opinion/2016/fra-opinion-fundamental-rights-hotspots-set-greece-and-italy> [12.03.2017].

⁹¹ Patrick TARAN, “Migrants and Refugees have rights! Impact of UE policies on accessing protection”, s/d, texto disponível em http://www.caritas.eu/sites/default/files/160317_migration_report_migrants_have_rights.pdf [1.10.2016].

- EMMANOULIDIS, Janis A, “Elements of a complex but still incomplete puzzle: as assessment of the EU (-Turkey) summit”, s/d, texto disponível em http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=5&pub_id=6417&year=2016 [7. 09.2016].
- FREIRE, Maria Raquel e NASCIMENTO, Daniela, “Desafiar a agenda? Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados”, in *Debater a Europa*, n.º15, 2016, p. 133-147.
- GIL, Ana Rita, “A crise migratória de 2015 e os direitos humanos das pessoas carecidas de proteção internacional: o direito europeu posto à prova”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Volume I, Tribunal Constitucional, Almedina, 2016, pp. 955-983.
- GRAHL-MADSEN, Atle, “The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law”, *Journal of Peace Research*, n. 01, p. 278-289.
- GROS, Daniel, GUILD, Elspeth, CASSARINO, Jean-Pierre, CARRERA, Sergio, BLOCKMANS, Steven, “The European Border and Coast Guard. Addressing migration and asylum challenges in the Mediterranean?”, s/d, texto disponível em <https://www.ceps.eu/publications/european-border-and-coast-guard-addressing-migration-and-asylum-challenges> [20.02.2017]
- PASCOUAU, Yves, “Do conflito ao equilíbrio: a construção de uma plataforma comum para o consenso social e político sobre imigração”, s/d, texto disponível em https://gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2016/11/VisionEurope_PolicyPapers_PT_2017.pdf [20. 12. 2016].
- PIÇARRA, Nuno, “A União Europeia e ‘a crise migratória e de refugiados sem precedentes’: crónica breve de uma rutura do Sistema Europeu Comum de Asilo,” *e-Pública*, vol. 3, n. 02, pp. 1-40.
- TARAN, Patrick, “Migrants and Refugees have rights! Impact of UE policies on accessing protection”, s/d, texto disponível em http://www.caritas.eu/sites/default/files/160317_migration_report_migrants_have_rights.pdf [1.10.2016].
- TUITT, Patricia, “Human rights and refugees”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, n. 02, pp. 66-80

Recursos Eletrónicos:

Página Oficial do ACNUR: <http://www.unhcr.org>

Página Oficial da Amnistia Internacional: <https://www.amnesty.org/en/>

Página Oficial do Centro de Informação Europeia Jacques Delors:
<http://www.eurocid.pt/>

Página Oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia:
<http://www.consilium.europa.eu/pt/european-council/>

Página Oficial da Comissão Europeia: https://ec.europa.eu/commission/index_pt

Página Oficial do EASO: <https://www.easo.europa.eu>

Página Oficial do ECRE: <http://www.ecre.org/>

Página Oficial da FRA: <http://fra.europa.eu/pt>

Página Oficial da Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/about>

Página Oficial da OIM: <https://www.iom.int>

Página Oficial do Parlamento Europeu: <http://www.europarl.europa.eu/portal/pt>

DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA – REVISITAR DESAFÍOS CONCEPTUALES

Marco Ribeiro-Henriques¹

*“El valor fundamental de la vida
depende de la percepción
y del poder de contemplación
al envés de la mera sobrevivencia.”*
Aristóteles

Sumário: Introdução; Re-visitação conceptual y premiativo; Conclusión; Bibliografía

Introducción

El reconocimiento de los derechos fundamentales en la cena internacional enfrenta hodierna y naturalmente, dificultades. Desde luego, por la heterogeneidad cultural que se hace sentir en un mundo tan diverso, pero también a la luz de la compleja estructura en que se arrolló la Organización de las Naciones Unidas - organización internacional de vocación universal.

También por eso, el reconocimiento de derechos humanos y fundamentales en el plano internacional no se hace solo en el ámbito de la ONU; se hace igualmente a través de organizaciones de ámbito regional, como la Unión Europea, sin olvidar el ámbito interno de los Estados.

En buena verdad, fue necesario esperar hasta la edad moderna, para poderse afirmar la primacía del individuo en relación al Estado y a la propia sociedad. El marco histórico más significativo - las revoluciones liberales de los fines del siglo XVIII – llevaron a la concepción de los derechos fundamentales como derechos absolutos, inmutables e inherentes a la cualidad del Ser Humano, constituyendo un núcleo que se impone naturalmente en cualquier orden jurídica.

La existencia de derechos fundamentales sigue encontrando su sentido y fundamento último fuera del derecho, en la Filosofía. En el presente artículo, proponemos una reseña jurídico-descriptiva, tangente a reflexionar acerca de los principales desafíos que se colocan a los derechos fundamentales, en el contexto interno y externo del Estado.

¹ PhD candidate. Licenciado y maestro en derecho, pos-graduado en derechos humanos y especialista en derecho penitenciario. Investigador en ciencias políticas y jurídico-criminales y coordinador del Grupo de Juristas de la Amnistía Internacional. Email: mrh.researcher@gmail.com / mrh.ijp@uportu.pt

Re-visitación conceptual y premiativo

Los derechos fundamentales de la persona humana previenen una construcción jurídica del reconocimiento indelegable de la inminente dignidad del ser humano, entre el conjunto de especies que habitan el mundo². Fue en una perspectiva filosófica que empezaron a existir los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales relevan en primera instancia el llamado derecho natural.

Así, es costumbre, en la cultura occidental, hacer remontar, a los estoicos, las orígenes de los derechos fundamentales, una vez que en sus obras se manifiestan las ideas de dignidad y de igualdad, aparentemente referidas a los hombres en sí - a todos los hombres - , además e independientemente de su cualidad de ciudadanos³. Mientras tanto, por ser, esta, una época en que estos valores no eran totalmente aceptes, o por la existencia de la esclavatura o por la moral colectiva exigente y alargada, que se inculcaba a los ciudadanos, negamos, como niegan las corrientes mayoritarias, la existencia de los derechos fundamentales del hombre en ese período histórico, a pesar de ahí se encontraren las raíces del humanismo.

Este concepto de dignidad es una conquista fundamentalmente filosófica - el campo de la filosofía fue plaza donde se forjó la dignidad atendible al ser humano - el que lo hace efectivamente un ser diferente de los otros. Ciertamente es, que esta especial dignidad del ser humano fue conociendo afloramientos varios a lo largo de la historia de la filosofía.

Desde la antigüedad clásica que encontramos autores que se dedicaron a la reflexión acerca de los valores como la dignidad y la igualdad de todos los hombres⁴.

Sin embargo, no se podrá afirmar taxativamente la existencia inminente de esta dignidad en aquella época. Cualquier defensa de un ideario de derechos humanos en la antigüedad clásica quedará desde luego mitigado, si lo aludimos a la convivencia natural de un estatuto de esclavitud, encarado como premisa natural en la organización de las sociedades clásicas. En aquella época de la historia universal, una concepción universal

² Segundo MIRANDA, Jorge. (2014). *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II Tomo IV. Lisboa: Coimbra Editora. pp. 9-12. "Pretende-se susceptible de permitir el estudio de diversos sistemas jurídicos, sin escamotear la atinencia de las concepciones de los derechos fundamentales con las ideas de Derechos, los regímenes políticos y las ideologías."

³ En este sentido, cfr. RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017). *The Europe in 21 st century - New Frontiers of Research in Criminal Law. What a - "European Penitentiary Law System"? The Case of an Empirical and Law Research with an Ethnographical Focus: Woman`s Inmates*. Transilvânia: Lumen. pp.214-215.

⁴ Los derechos fundamentales empezaron por ser obra del pensamiento humano y dieron como explicitaciones, condicionadas en cada época, da autonomía ética del Hombre, un valor en que se trasciende la Historia y está para ya del derecho positivado. En esta dimensión los derechos fundamentales gozan de plena anterioridad relativamente al Estado y a la Sociedad: pertenecen a la orden moral y cultural donde uno y otra sacaban su justificación y fundamento. En este sentido, cfr. BONAVIDES, Paulo. (2001). *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: PC Editorial. p. 200.

de los derechos fundamentales era de difícil entendimiento, una vez que la sociedad se fundaba en una institución, la esclavatura, negando, por consiguiente, la existencia de derechos fundamentales.

El universo moral y cultural del mundo antiguo se estructuraba en torno de una concepción natural de la desigualdad humana, [lo que no quiere decir que la antigüedad clásica tenga sido completamente ciega en relación a la idea de derechos fundamentales] efectivamente, los valores de la dignidad de la persona humana, de la libertad y de la igualdad de los hombres encuentran sus raíces en la filosofía clásica, especialmente greco-romana, y en el pensamiento cristiano⁵.

Aunque, en un primer momento, estas ideas no hayan conseguido ultrapasar el plano filosófico, arrollándose en categoría jurídica o en medida natural de la comunidad social, estas teorías crean respaldo de una construcción jurídica milenaria en torno de los derechos fundamentales de la persona humana⁶.

Ya la sociedad medieval se basaba en las ideas de jerarquía y estratificación de la comunidad. Esta comunidad política estaba organizada con base en diferentes estratos sociales, pre-determinados, y, a la posición ocupada por cada individuo, correspondía un estatuto jurídico con derechos y deberes preestablecidos. Esta sociedad sería muy compleja, hecha de grupos, de órdenes, de clases, de múltiples unidades territoriales o sociales y los derechos existentes eran derechos de las personas, mientras miembros de esos grupos, no dejando espacio, también aquí, para surgir la propia noción de derechos fundamentales, como intereses, pretensiones o derechos subjetivos, que limitan a la intervención del Estado, porque, otrosí, toda la sociedad procuraba, antes de más, firmar una orden objetiva – moral, religiosa y jurídica – al servicio del bien común, basándose en las ideas de jerarquía y de estratificación.

La comunidad política se encontraba organizada con base en diferentes estratos sociales, pre-determinados, y la posición ocupada por cada individuo correspondía a un estatuto jurídico con derechos y deberes preestablecidos. Esta era una sociedad compleja, hecha de grupos, de órdenes, de clases, de múltiples unidades territoriales o sociales y los derechos existentes eran derechos de las personas mientras miembros de esos grupos.

⁵ Esta concepción filosófica o iusnaturalista, empieza por existir en el pensamiento de los ciudadanos mucho antes de detener un instituto en el ordenamiento jurídico. Remontan con particular incidencia a los filósofos griegos seguidos en Roma, ya que en sus obras se manifestaban las ideas de igualdad y dignidad de la persona humana. Los derechos fundamentales empezaron por ser obra del pensamiento humano y dieron como explicitaciones, condicionadas en cada época, de la autonomía ética del Hombre, un valor en que se trasciende la Historia y está además del derecho positivado. En esta dimensión los derechos fundamentales gozan de anterioridad relativamente al Estado y a la Sociedad; pertenecen a la orden moral e cultural donde uno e otra sacan su justificación y fundamento. En este sentido, cfr. op. cit. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: PC Editorial. 2001.

⁶ Mejor explicado por nosotros en RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017): “The security on the European path to fighting the daesh phenomenon”. *Athens Journal of Law*. V. 3. Issue 4 -out. pp. 1-12. “This idea spread widely in a time when prospects of improvement of the conditions of life, both material and moral, were not encouraging. In fact, the literacy rate started to stagnate and, later declined.(...)”.

A pesar de este cambio de paradigma [antigüedad clásica – edad medieval], en este período histórico no existían aun derechos fundamentales en el sentido actual, sobre todo porque la sociedad era jerarquizada, creando derechos y deberes diferentes, dependiendo de la clase social a la que cada uno pertenecía.

El cristianismo y la afirmación de que todos los seres humanos son hijos de Deus, de que cada ser humano es único y de que todos son iguales, en dignidad, marcaron decisivamente nuestra cultura y el modo como en ella se manifiestan los derechos fundamentales.

Es en la edad media y en Inglaterra, que podemos encontrar una tentativa de hacer transitar los derechos fundamentales del plano de la filosofía para el plano del derecho⁷. Los primeros documentos eran pactos celebrados entre el Rey y sus súbditos, donde aquel se comprometía a respetar los derechos de estos. Subsistían, mientras, aquello que podemos designar de derechos estamentales. No son derechos generales, ni tan poco derechos de todas las personas, pero obligaciones específicas de aquellos sujetos que participan en el pacto. No son por eso, ni totalmente, derechos de igualdad, pero de desigualdad – privilegios negociados entre el Rey y los “estamentos” - las ordenes sociales.

La filosofía renacentista, emergida a partir del siglo XV, va a traernos la afirmación del antropocentrismo. Hasta al Renacimiento dominaba una tradición de pensamiento, que se basaba en una orden cósmica, en la cual cada ser tenía un lugar predefinido. En esa medida, perante la afirmación y difusión plenas de los principios de la igualdad y de la dignidad de la persona humana, sólo se empieza a erizar camino, de hecho, a partir de aquí⁸.

⁷ En este sentido, cfr. ALEXANDRINO, José Melo. (2011). *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Lisboa: Principia. La garantía “constitucional” de ciertos derechos o libertades perante los poderes públicos tiene una historia antigua, particularmente en Inglaterra, donde las revoluciones se fueron sucediendo en un ritmo reformista. No se trata propiamente de mecanismos pacticios del dominio entre los cuales se destaca la *Magna Charta* de 1215 – en que el Rei, a par de compromisos concretos, se obligaba a respetar para siempre un conjunto vasto de derechos y libertades, como los derechos a la vida, a la herencia, a la administración de la justicia, garantías de proceso criminal, libertad de circulación y de comercio, etc. Los derechos fundamentales, tal como los entendemos hoy, son verdaderos derechos o libertades, reconocidos en general a los hombres o a ciertas categorías de entre ellos, por razones de humanidad. Son, en esta medida, derechos de igualdad, universales, y no derechos de desigualdad, estamentales. Los “derechos de los ingleses”, conquistados durante el siglo XVII, por la Revolución puritana y por la *Glorious Revolution* nos surgen progresivamente como enunciaciones generales, aunque de derecho rutinario, en la *Petition of Right*, que Carlos I tuvo de firmar en 1628, en la *Abolition of Star Chamber* en 1641, en el Habeas Corpus de 1689, suscrito por Guilherme d’Orange y donde se consagran el derecho de petición, la prohibición de los tribunales de excepción y de penas crueles y hasta una relativa libertad de expresión (además solo parlamentaria). Estos derechos de los ingleses son trasplantados para los respectivos territorios coloniales y van así fructificar en la revolución americana como derechos de los hombres. Las Declaraciones de Derechos de los Estados – las primeras son las de Virginia, Pensilvania y Maryland, todas de 1776 – y, más tarde, la Constitución federal (1787) y sus primeros nueve aditamentos [amendments] recurren ya a fórmulas universales, juntando el racionalismo propio de la época al tradicional pragmatismo anglo-saxónico [las costumbres se transforman en principios].

⁸ En este sentido, cfr. op. cit. ALEXANDRINO, José Melo. (2011). *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Lisboa: Principia. y aun op. ult. cit. MIRANDA, Jorge. (2014). *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II Tomo IV. Lisboa: Coímbra Editora.

Así, la edad moderna no se caracteriza apenas por traer con ella el triunfo creciente de la idea de lo natural, igualdad entre todas las personas. Esta es también una edad crecientemente antropocéntrica, porque uno de sus temas fundamentales es el de la capacidad humana para conformar por voluntad propia y, a través de los actos de decisión racional, el futuro⁹.

La libertad humana es el tema que marca, de forma central, toda la cultura moderna europea. La política, la vida colectiva y la vida privada quedan, así, crecientemente a la disposición de la racionalidad y voluntad humanas. La libertad pasa a ser un bien en sí, una cualificación del Hombre y de la sociedad condicionante de la personalidad moral, del desenvolvimiento moral, la autorrealización. Surge, por eso, una nueva idea de Hombre en el contexto moderno: el Hombre como autor de sí mismo. La transposición de este corolario para el derecho va a hacerse, inicialmente, en Inglaterra en el siglo XVII, con la *Glorious Revolution* y el *Bill of Rights* de 1689.

Es con el Estado constitucional de final del siglo XVIII, en particular, con las Revolución Americana y Francesa, que se dan las primeras consagraciones globales y con fuerza constitucional de los derechos fundamentales. En 1776, el primer *Bill of Rights*, del Estado de Virginia, prescribía, en su artículo 1.º, una oda a la naturaleza libre del ser humanos¹⁰, teniendo este instrumento normativo servido de modelo e inspiración a otros *Bill of Rights*, desembocando este movimiento global en la Constitución Federal de 1787, donde todo este manantial de derecho es retomado, vigorando hasta nuestros días¹¹.

Diremos, que redundando en la tradición americana de entonces, un conjunto de derechos y deberes que, más tarde, se extienden con mayor claridad a Europa¹². Las reglas del proceso penal como derechos humanos son, en esta altura, una especificidad exclusivamente americana - juzgamiento por jurado, derecho de confronto directo con los testigos, derecho a presentar testigos de defensa, derecho a no testimoniar contra sí mismo, Habeas Corpus, prohibición de penas crueles y de dupla pena.

⁹ En este sentido, cfr. CAMPINOS, Jorge. (1984). *Dereito Internacional dos Direitos do Homem – textos básicos*. Coímbra: Coímbra editora. Y aun en la doctrina de MIRANDA, Jorge. (2013). “A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos fundamentais nas Constituciones de Portugal e Brasil”. In *LiberAmicorum em Homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos*. Lisboa: Coímbra Editora. pp.503-520.

¹⁰ “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos que les son inherentes y de los cuales cuando entran para el Estado de una sociedad, no pueden ser privados o despojados.”

¹¹ En su artículo 1º, se afirma que los hombres nacen y permanecer libres e iguales en derechos. El fin de la sociedad es preservarlos y esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. En el artículo 16º, proclama que cualquier sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni esté consagrada la separación de poderes, no tiene una Constitución. En este sentido, cfr. op. cit. ALEXANDRINO, José Melo. (2011). *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Lisboa: Principia.

¹² El derecho de resistencia, derecho de voto, libertad de prensa, la libertad religiosa, libertad de reunión y de petición, justa indemnización, derecho a la reparación, principio *nulla poena, sine lege*, presunción de inocencia, etc..

En Francia [y por influencia francesa en toda Europa continental], la comprensión de los derechos era muy restricta a la libertad, seguridad y propiedad y, mismo en relación a estas, su ámbito de aplicación era delimitado por la ley¹³.

En todo el caso, la consagración constitucional de los derechos fundamentales no significó, en América ni tan poco en Europa, un reconocimiento imperativo, mientras garantías jurídicas concretas, positivadas en una Constitución, dotadas de vinculaciones plenas y protegidas a través de varios mecanismos y tutela. Para llegar a este plano categórico, es necesario que discurra un tiempo necesario entre la imposición de un texto constitucional y el momento a partir del cual se puede considerar que los derechos de la persona humana son efectivamente reconocidos y garantidos por el Estado.

Sin embargo, importará reflexionar contra que poder se mostraba necesario proteger los individuos. También aquí podemos encontrar diferencias entre la tradición francesa y la tradición americana¹⁴.

Los derechos fundamentales en la tradición europea continental, son concebidos como escudos de defensa fase al poder ejecutivo, nómadamente al Rey y a la administración. Ya en América, los derechos son concebidos como escudos de defensa fase al poder legislativo. La idea de derechos humanos, como derechos inherentes a la condición humana, y, como tal, anterior y superior a cualquier positividad en la Constitución o en la ley, fue mucho más vivamente asumida en América.

En la tradición constitucional europea, los derechos fundamentales aparecen en segundo lugar fase al campo jurídico. La explicación histórica para esto parece residir en el hecho de, en Europa continental, el proyecto constitucional tener por detrás un proyecto político de desmantelamiento de sociedades de respecto, en que las situaciones a que se quería poner término estaban garantidas jurídicamente por derechos de índole privada¹⁵. Por consiguiente, en este contexto, un Estado avalista de derechos fundamentales a este nivel no sería deseable. Lo que se pretendía, antes, era un Estado

¹³ Menos antigua que la investida inglesa, es la contribución francesa. Pretendió, sobretudo, lanzar mano de fundamentos para una nueva orden social, la Francia revolucionaria produce, en nombre de la Razón Universal, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, donde se afirma solemnemente que cualquier sociedad en que no esté asegurada la garantía de los derechos fundamentales ni establecida la separación de los poderes no tiene constitución. Por un lado, en el seguimiento de la tradición inglesa, conecta los derechos fundamentales, concebidos a partir de los cuadros del juracionalismo, a la separación de los poderes, en la función común que les cabe de instrumentos de limitación de poder absoluto no se trata ahora solo de declaraciones o constricciones teóricas o de hacer llamamientos morales al poder soberano, pero, otrosí, de asegurar la garantía de los derechos fundamentales de forma tan efectiva, como sea la separación real de los poderes y de las potencias. Sin embargo, esa limitación efectiva del poder se alcanza a través de la consagración constitucional de los derechos. Los derechos fundamentales se tornan así derechos constitucionales, reuniendo, por fuerza de su dignidad frontal, las condiciones para que les sea reconocida relevancia jurídica positiva con un valor superior al de la propia ley parlamentar. Esta concepción marcó definitivamente la Constitución Portuguesa de 1822 y Carta Constitucional de 1826, bien como otras Constituciones europeas continentales del siglo XIX.

¹⁴ Neste sentido, cfr. op. cit. RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017): "The security on the European path to fighting the daesh phenomenon". *Athens Journal of Law*. V. 3. Issue 4 -out. pp. 1-12.

¹⁵ Nomeadamente no direito e acesso aos cargos públicos, direito às prestações feudais e senhoriais, direitos a posições de privilégio e direitos ao desempenho de funções jurisdicionais.

en que el predominio de la voluntad del poder, materializada en la ley, se impusiese. Esta insensibilidad a los derechos fundamentales está bien patente en las Constituciones Portuguesas del siglo XIX – el ciudadano no puede recorrer a los tribunales para defensa de sus derechos hacia el Estado, solo puede presentar quejas, reclamaciones o peticiones.

En esta perspectiva, estadual o constitucional de los derechos fundamentales, la protección de este manantial de derechos, por lo menos al nivel constitucional, tiene una historia casi tan antigua cuanto a la propia historia de las constituciones escritas, una vez que surgirán contemporáneamente. En la misma altura, y al nivel europeo, la primera contribución constitucional, como ya aquí lo referimos, ocurrió en Francia, imbuida de resquicios de una afirmación jurídica de los derechos fundamentales, proseguida de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, donde quedaba afianzado que cualquier sociedad, en que no esté asegurada la garantía de los derechos fundamentales, no tiene Constitución¹⁶. La misma premisa existe, para el caso de no estar consagrada la separación de poderes. Estas concepciones iniciales conectaban los derechos fundamentales a la separación de poderes, como instrumento de limitación del poder absoluto. Así, a partir de esa altura, los derechos fundamentales se convirtieron derechos de consagración constitucional – pasaron a ser parte de la Ley fundamental del Estado - y, por fuerza de eso, adquirirán una relevancia y un valor superiores al de la propia ley. El movimiento constitucionalista, así iniciado y continuado por la Europa y por el mundo, concretizó el dispuesto en la declaración francesa, de modo que no existen prácticamente constituciones que no tengan una parte dedicada a los derechos fundamentales.

Este carácter constitucional de los derechos fundamentales acabó por crear la garantía jurídica efectiva de su afirmación, perante todos los poderes públicos y perante el propio Estado.

A partir de las revoluciones liberales, las sucesivas constituciones dieron consagración a los derechos fundamentales, aunque con diferentes filosofías y diferentes grados de garantía. En el caso portugués, nuestra primera constitución, escrita de 1822, ya consagraba derecho y deberes individuales de los portugueses, teniendo sido claramente influenciada por la declaración francesa. En las restantes constituciones monárquicas, las libertades y los derechos fueron aumentando progresivamente, en extensión, aunque, en algunos momentos, fuesen restringidos, como es ejemplo la Carta Constitucional de 1826, que relega los derechos fundamentales para la parte final de la constitución¹⁷. Contrariamente a las anteriores, la actual constitución portuguesa da una

¹⁶En este sentido, cfr. QUEIROZ, Cristina. (2013). *Poder constituyente, democracia e direitos fundamentais – uma via constitucional para a Europa?* Lisboa: Coímbra Editora., y aun op. ult. cit. BONAVIDES, Paulo. (2001). *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: PC Editorial., e BRITO, Wladimir. (2014). *Direito Internacional Público*. 2.^a ed. Coímbra: Coímbra Editora.

¹⁷ A partir de la revolución liberal las sucesivas constituciones dieron abrigo a los derechos fundamentales. La Constitución de 1822 es claramente influenciada por la Declaración Francesa de 1793, hasta en la redacción de los preceptos. Es un documento fuertemente igualitario y liberal, pero donde no abundan libertades concretas. En las restantes Constituciones monárquicas, las libertades y los derechos específicos van aumentando progresivamente en extensión, aunque la intensidad (y la intención) de los

protección jurídica y sólida a los derechos fundamentales y dedícales un grande conjunto de preceptos. Si es verdad que el Estado fue la cuna de los derechos fundamentales, en nuestros días, es también verdad que el Estado no detiene el monopolio de la defensa de estos mismos derechos¹⁸.

El siglo XX es el siglo en que ocurre la transmutación de esta materia del llamado “domestic affair” para una dimensión de “international concern”. Esta transición sucede con particular fuerza e impacto después de la Segunda Guerra Mundial.

Revisitando de cerca la doctrina dominante, el concepto internacionalista o universalista de los derechos fundamentales observa, en buen rigor, su inicio luego después de la I Grande Guerra. Período en que renace la necesidad de garantizar internacionalmente ciertos derechos fundamentales, sin embargo, fue sobretudo en adviento de la II Grande Guerra, que se sintió la necesidad de producir, al nivel de la comunidad internacional, mecanismos jurídicos capaces de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en los diferentes estados¹⁹. Reconociendo, desde luego, la carencia de una protección internacional eficaz – mote suficiente para la creación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, firmada en Paris en 1948, y, en 1966, los Pactos Internacionales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de los Derechos Cívicos y Políticos de los pueblos del mundo.

En Europa, al buscarse instituir organizaciones supra-estadales, los derechos fundamentales fueron colocados en primer plano y, en el ámbito del Consejo de Europa, se celebra la Convención Europea para salvaguardia de los Derechos del Hombre en 1950, reafirmando los derechos cívicos y políticos fundamentales, completada más tarde, ya en 1961, por la Carta Social Europea, donde se fijaron los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos de Europa.

La ratificación de todas estas Declaraciones, Convenciones y Pactos, asociados a la proliferación de organizaciones no estadales, señalan la preocupación internacional en garantizar los derechos del hombre, la consideración del derecho internacional positivo y su práctica inequívoca, muestra una evolución clara, aunque lenta, en el sentido de ser

preceptos venga a sufrir, en ciertos momentos, algunas, compresiones. La Constitución republicana de 1911 es laicista, anti-clerical y decididamente igual. La Constitución de 1933, de tendencia corporativa y de práctica autoritaria, es marcada por una falta de convicción, designadamente en lo que respecta a los derechos democráticos y libertades cívicas, en esta parte dejaba la reglamentación al legislador ordinario. Al contrario, la actual Constitución da una protección sólida a las libertades y dedícales un gran número de preceptos, aunque a las dimensiones liberal y democrática se acrecente ahora una otra, la dimensión social.

¹⁸ En este sentido, cfr. QUEIROZ, Cristina. (2002). *Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coímbra Editora.

¹⁹ Los estados americanos habían elaborado en 1948 su declaración de derechos, pero que solo fue implementada a partir de 1959, y vino después a culminar en la convención americana de los derechos del hombre que fue firmada en 1969 en Costa Rica. Los países africanos también dieron un paso decisivo en la protección de los derechos fundamentales, al firmaren en 1981, la carta africana de los derechos de los hombres y de los pueblos.

reconocida la necesidad de normas y principios que regulen no solo las relaciones entre los estados, pero todas las relaciones que importen a la comunidad internacional²⁰.

El conjunto de los derechos fundamentales internacionales presenta algunas características específicas, debido al facto de pretender expresar el denominador común de sensibilidades bastante diversas, propias de países con diferencias, a veces, radical.

Por un lado, encontramos un catálogo de derechos, o algunos derechos de libertad, que son especialmente dirigidos a la protección de minorías concretas, o, en otro plano, los derechos sociales que no dicen respeto a un hombre concreto, situado en su circunstancia social, portador de intereses actuales en sociedades abiertas. Tomamos aun como defensible y jurídicamente estable, además de los derechos del hombre individual, con un derecho de grupos y de pueblos - el derecho de libre determinación de los pueblos.

Estos derechos no son uniformes, como ya aquí lo referimos, principalmente cuanto al entendimiento de los preceptos, pero igualmente en su modo de aplicación y respectiva sanción. La diversidad de entendimiento discurre del carácter necesariamente vago de las formulaciones clásicas de los derechos fundamentales, sumándose el facto de pelearse concepciones distintas del hombre y de sus derechos fundamentales, nómadamente las concepciones occidentales en contraposición a las concepciones comunitaristas²¹.

Las diferencias, cuanto a la aplicación y a la sanción, se justifican por la necesidad de integrar el estatuto de los individuos en particular contexto sociopolítico de los Estados o bloques que forman, en términos, que suscitan, por veces, la duda sobre si la universalización no será meramente formal. Parece así nítida la creciente importancia de la opinión pública internacional, responsable por la proliferación de convenciones internacionales, a las cuales adhiere un número creciente de Estados, alimentando aun las corrientes de opinión interna que luchan por la realización efectiva de los derechos humanos en todos los aspectos de la vida.

La Carta de las Naciones Unidas, Carta de San Francisco, de 1945, se refiere a la necesidad de los Estados cooperaren en la defensa de los derechos y libertades fundamentales²².

En obstante, la Declaración no tiene formalmente fuerza vinculadora, se trata de un instrumento impulsor y una referencia para otros instrumentos internacionales que,

²⁰ En este sentido, cfr. op. cit. BONAVIDES, Paulo. (2001). *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: PC Editorial.

²¹ En este sentido, cfr. ANDRADE, José Carlos Vieira de. (2012). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coímbra: Almedina.

²² Por consiguiente, muchos instrumentos internacionales surgieron con el objetivo de reconocer a nivel internacional un conjunto de derechos humanos que, como se avienta luego en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 1948, la “dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos son iguales e inalienables”. En este sentido, cfr. NATIONS UNIES. (1984). *Ledroit de la mer*. New York:NU.

a partir de ella, se habrían de elaborar en el cuadro de las Naciones Unidas a par, como ya lo referimos, los Pactos Internacionales acerca de los Derechos Civiles y Políticos y acerca de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966.

Sin embargo, acrece aun la constatación crédula, cuanto a la existencia de conjunto de derechos fundamentales, del cual pasan todos los otros. Principalmente, el conjunto de derechos que están más íntimamente conectados a la dignidad y al valor de la persona humana y sin los cuales los individuos pierden su cualidad de hombres.

A partir de aquí, surgen una serie de instrumentos que tratan de derechos fundamentales autónomamente – discriminación racial, tortura, discriminación contra las mujeres, derechos de los niños, derechos de la persona con discapacidad, derechos del trabajador migrante, entre otros – que fueron siendo, unos con más suceso que otros, adoptados en la égida de las Naciones Unidas.

Conclusión

De inicio, la situación de los individuos era definida y protegida por el estado de la nacionalidad, sin que los otros estados tuviesen cualquier legitimidad para intervenir, por eso la defensa alén-fronteras de los individuos se resumía a la protección diplomática, o a la celebración de acuerdos inter-estadales y no se admitía la intervención unilateral, a no ser en casos excepcionales y en nombre de los principios de la humanidad.

Hoy en día, ya se defiende que el gozo efectivo, por los ciudadanos de todos los Estados, de ciertos derechos fundamentales, es una cuestión de derecho internacional, y, en este sentido, el Tribunal Internacional de Justicia ya declaró, como obligación de cada estado, el respeto por los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana.

Las convenciones celebradas tienen de característico el facto de cada Estado signatario se comprometer, perante los otros, a asegurar en su orden jurídica interna determinados derechos, bajo pena de responsabilidad internacional. En Francia fue la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, el marco más importante para la afirmación de los derechos fundamentales en Europa continental.

Caminando para las palabras finales de nuestra reseña, diremos que un verdadero teste a un Estado amigo de los derechos fundamentales no se hace leyendo la respectiva Constitución y apreciando la extensión del catálogo de derechos fundamentales en ella contenido o verificando cuales las convenciones internacionales de los derechos humanos ratificados y aplicables en ese Estado.

Los indicadores de la verdadera amistad de un Estado por los derechos fundamentales están en una cultura de defensa de los derechos fundamentales, en una opinión pública atenta, organizada y capaz de denunciar las compresiones a los derechos

más básicos de la persona humana, en el modo como el proceso penal está estructurado y en la previsión de medios formales de reacción a violaciones de esos derechos.

No basta consagrar derechos y cualificarlos como fundamentales, es necesario que las situaciones en que esos derechos fundamentales, reconocidos como tal por la comunidad, son violados, sean tratadas de modo preferencial relativamente a otras en que no están en causa bienes jurídicos tan esenciales a la comunidad política organizada. Es necesario reconocer, a los derechos fundamentales, una posición de preferencia en sede de tutela de estos derechos.

Ahora, constatamos que nuestro sistema interno encuentra, en particular, debilidades. Conoce mal los mecanismos formales de protección específica de los derechos fundamentales, que habiliten los ciudadanos a actuar hacia las investidas del Estado, y, que se sientan víctimas de actuaciones que pongan en causa sus bienes jurídicos fundamentales, de modo célere y eficaz. Existen medios de reacción no jurisdiccionales, previstos en la propia Constitución, como el derecho de petición al Proveedor de Justicia o a cualquier otro órgano de soberanía en los términos de los artículos 23º y 52º de la Constitución de la República Portuguesa. Conocemos aun la posibilidad de resistir, a órdenes que ofendan nuestros derechos más básicos, y de la invocación de ese derecho de resistencia servir como causa de exculpación de eventuales ilícitos practicados²³.

Los ciudadanos tienen aún derecho de reaccionar junto de la Administración Pública, a actos que ofendan nuestros derechos fundamentales – como sean actos de revocación de actos administrativos constitutivos de derechos, a través de impugnaciones administrativas gratuitas, como reclamaciones, recursos jerárquicos propios, impropios o tutelares, y, dentro de la administración pública, existen diversas autoridades administrativas independientes que, sectorialmente, tratan de la protección de los derechos fundamentales, como sean el ejemplo del Alto Comisariado para la Inmigración y para el Diálogo Intercultural, la Entidad Reguladora de la Comunicación Social, la Comisión Nacional de Protección de Datos, entre otras.

Estos medios no jurisdiccionales se revelan, sin embargo, frecuentemente, poco eficaces para detener y sancionar violaciones de derechos básicos de las personas. La intervención de las autoridades judiciales es, muchas veces, la única alternativa verdaderamente operante que resta.

Ahora, nosotros verificamos que, en nuestro sistema, tenemos algunos mecanismos judiciales vacacionados para la defensa de derechos fundamentales específicos, como sea el habeas corpus, previsto como medio de reacción a situaciones de privación ilegal de la libertad en el artículo 31º de la Constitución de la República Portuguesa, y la acción popular, prevista en el artículo 52º n.º 3, igualmente de la

²³ En este sentido, cfr. op. ult. cit. QUEIROZ, Cristina. (2013). *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais – uma via constitucional para Europa?* Lisboa: Coimbra Editora. 2013.

Constitución, que permite la intervención en juicio de personas que, no siendo titulares de intereses directos y personales, pueden defender intereses difusos y en algunos casos fundamentales, que son de todos en general y de nadie en particular - salud pública, ambiente, patrimonio cultural²⁴.

Salvo estos dos mecanismos de aplicación restricta las situaciones de violación de algunos derechos en particular, no existen otros mecanismos, previstos específicamente en la Constitución, para la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional no valora quejas de ciudadanos relacionadas con tales violaciones. Valora solo pedidos de fiscalización de la inconstitucionalidad promovidos por el Provedor – logrando la iniciativa de este ser motivada por quejas de los ciudadanos relativas a las violaciones de derechos fundamentales por parte de normas – o recursos de decisiones judiciales en que se discutió en los tribunales *a quo* la eventual inconstitucionalidad de las normas aplicables al caso. Es, sin embargo, indiferente para el Tribunal tratarse de un caso en que están en causa violaciones de normas constitucionales relativas a derechos fundamentales o cualquier otra norma –. Conocen la misma tramitación [la única excepción es la urgencia reconocida a los recursos de constitucionalidad en que existe argüidos detenidos].

La ausencia de un recurso de amparo constitucional, a pesar de no ser unánimemente apoyada por la doctrina, es expresión de un no reconocimiento a los derechos fundamentales en materia de justicia constitucional.

En sede de justicia administrativa, la Constitución creó, no obstante, en 1997, una imposición al legislador de la mayor relevancia en los términos del artículo 20º n.º 5, para la defensa de los derechos, libertades y garantías personales, la ley asegura a los ciudadanos procedimientos judiciales caracterizados por la celeridad y prioridad, de modo a obtener tutela efectiva y en tiempo útil contra amenazas o violaciones de esos derechos.

Además de estos mecanismos previstos internamente, al nivel internacional, existen también mecanismos operativos de reacción a violaciones de derechos consagrados en instrumentos internacionales.

En lo que a Portugal dice respecto, el medio más relevante es el mecanismo de queja al Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, donde Portugal ya fue albo de varias quejas y por consiguiente varias condenaciones. Existe, sin embargo, otros en el ámbito de las Naciones Unidas, nómadamente, la queja al Comité de los Derechos del Hombre, creado para defensa de los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴ En este sentido, cfr. NOVAIS, Jorge Reis. (2004). *Os Principios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Lisboa: Coímbra Editora., y op. ult. cit. MIRANDA, Jorge. (2013). “A dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais nas Constituições de Portugal e Brasil”. In *LiberAmicorum en Homenagem ao Professor Doctor João Mota de Campos*. Lisboa: Coímbra Editora. pp.503-520.

Estos mecanismos tienen requisitos específicos que constan de los instrumentos internacionales en que están previstos, pero tienen una característica común: son subsidiarios en relación a los medios internos de protección de los derechos fundamentales, lo que significa que quien pretenda lanzar mano de ellos tienen de hacer prueba del previo agotamiento de las vías internas de tutela de los derechos en causa.

Bibliografía:

- ALEXANDRINO, José Melo. (2011). *Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Lisboa: Principia. ISBN: 978-989-7160-32-5.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. (2012). *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina. ISBN: 978-972-40-4669-3.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. (1992). *Constituições Portuguesas*. Lisboa: AR. ISBN: 972-556-112-0.
- BONAVIDES, Paulo. (2001). *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: PC Editorial. ISBN: 85-7420-279-7.
- BRITO, Wladimir. (2014). *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-2233-3.
- CAMPINOS, Jorge. (1984). *Direito Internacional dos Direitos do Homem – textos básicos*. Coimbra: Coimbra editora.
- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. (2014). *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça – Acórdãos Seleccionados*. Lisboa: CEJ. ISBN: 978-972-9122-89-7.
- MIRANDA, Jorge. (2014). *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II Tomo IV. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-2272-2.
- _____. (2013). “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”. In *Liber Amicorum em Homenagem ao Professor Doutor João Mota de Campos*. Lisboa: Coimbra Editora. pp.503-520. ISBN: 978-972-32-2116-9.
- _____. (2012). *Direito Internacional Público*. 5.º ed. Lisboa: Principia. ISBN: 978-989-716-058-5.
- NATIONS UNIES. (1984). *Droit de la mer*. New York: NU.
- NAÇÕES UNIDAS. (2015). *Direitos Humanos e Aplicação da Lei*. Genebra: NU. ISBN: 92-1-154121-2.
- _____. (2014). *Direitos Humanos e Prisões*. Genebra: NU. ISBN: 92-1-1-154160-3.

- NOVAIS, Jorge Reis. (2010). *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1805-3.
- _____. (2006). *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-1445-1.
- _____. (2004). *Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 972-32-1254-4.
- QUEIROZ, Cristina. (2013). *Poder constituinte, democracia e direitos fundamentais – uma via constitucional para a Europa?*. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 978-972-32-2129-9.
- _____. (2002). *Direitos Fundamentais*. Lisboa: Coimbra Editora. ISBN: 972-32-1136-X.
- RIBEIRO-HENRIQUES, Marco. (2017). *The Europe in 21 st century - New Frontiers of Research in Criminal Law. What a - "European Penitentiary Law System"? The Case of an Empirical and Law Research with an Ethnographical Focus: Woman`s Inmates*. Transilvânia: Lumen. ISBN: 978-973-166-461-3.
- _____. (2017): "The security on the European path to fighting the daesh phenomenon". *Athens Journal of Law*. V. 3. Issue 4 -out. ISSN: 2407-9685.
- RODRIGUES, L. BARBOSA e CARNEIRO, Alberto. (2011). *Direitos Humanos –Textos fundamentais*. Lisboa: QuidJuris?. ISBN: 978-972-724-587-1.

Documentos e fontes eletrónicas:

«www.dre.pt»

«www.parlamento.pt»

«www.ila-hq.org»

«www.un.org»

«www.icj-cij.org»

«www.gddc.pt»

Tendo por razão de ser a modificação dos atuais paradigmas do direito à escala universal, inseridos no atual contexto de revolução tecnológica, surgiu a presente obra coletiva, transversal a uma multiplicidade de áreas do direito, onde são abordados com profundidade científica os novos patamares da criminalidade empresarial, da influência do poder judicial na atual sociedade, bem como as novas concepções e formulações acerca do Estado e da governação nacional, transnacional e global. A presente obra aborda ainda os problemas contemporâneos da restrição de direitos nas suas mais variadas facetas, tal como debate a conceptualização que a dignidade da pessoa humana deve assumir em tempos de pós-modernidade e de crise dos sistemas democráticos. Esta nova Era alarga as fronteiras do direito a novas temáticas, onde cabe salientar o agronegócio, as migrações, o ambientalismo, o nano direito e a tecnologia em conexão com os direitos de autor. Por último, assume especial importância o debate em torno da compatibilização da liberdade e do desenvolvimento económico com os direitos sociais e a igualdade no contexto do ressurgimento das concepções liberais, do constitucionalismo pós-moderno e do impacto tecnológico nas sociedades.



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO